Die
Analogie singulärer Rechtssätze in Theorie und Rechtsprechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Georg Cleeves,

Referendar in Celle.

Celle.
Verlag und Druck von W. Ströher.
1914.

Die Analogie singulärer Rechtssätze in Theorie und Rechtsprechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Georg Cleeves,

Referendar in Celle.

Celle.
Verlag und Druck von W. Ströher.
1914.

Referent:

Herr Geheimer Justizrat Professor Dr. Enneccerus.

Literaturverzeichnis.

Arndts: Pandekten, 4. Auflage.
Baron: Pandekten, 4. Auflage.
Becker: In Dog. Jahrb. Bd. 34 und Pandekten.
Böcking: Pandekten.
Binding: Handbuch des Strafrechts und Grundriß desselben, 2. Auflage bezw. 8. Auflage.
Brinz: Pandekten, 1857/60.
Brütt: Kunst der Rechtsanwendung, 1907.
Bülow: Gesetz und Richteramt, Recht, 1906.
Danz: Deutsche Juristen-Zeitung 1914.
Dernburg: Pandekten und Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Auflage.
Eck: Vorträge über das Recht des BGB.
Ehrlich: Rechtsfindung, 1903.
Eisele: In den Jahrb. für Dog., Bd. 32.
Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6.—8. Auflage 1911.
Foerster-Eccius: Pr. Privatrecht, 1895.
Gierke: Deutsches Privatrecht, 1895.
Geza-Kiß: In IheringsJ., Bd. 58.
Glück: Pandekten, 1870.
Graßhoff: Dissert. Göttingen 1890 „Begriff und praktische Bedeutung des jus singulare".
Hölder: Pandekten, 1886.
Jung: Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, Festgabe der Gießener Jur. Fakultät, 1907.
Keller: Pandekten, 2. Auflage.
Kipp, Windscheid-Kipp: Pandekten, 9. Auflage.
Kierulff: Theorie des gem. Civil-Rechts, 1839.
Kohler: Bürgerliches Recht 1906 und in GrünhutsZ. Bd. 13, 23, 18.
Neumann: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, 1910.
Planck: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl.
Pfaff-Hoffmann: Komm. zum österr. allg. Gesetzbuch.
Puchta: Institutionen 1853 und Vorlesungen 1847/48.

Regelsberger: Pandekten und Festgabe der Göttinger Juristenfakultät 1892.
Remy: Der Begriff des jus singulare, Diss. Erlangen 1895.
Römer: In Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 19.
Rumpff: Gesetz und Richter, und in JheringsJ. Bd. 49.
Savigny: System des heutigen Röm. Rechts, 1840.
Scharlach: Im ArchZivPrax. Bd. 62.
Sintenis: Das prakt. gem. Civilrecht, 1844/51.
Sohm: Institutionen, 12. Auflage 1905.
Stammler: Wirtschaft und Recht, und die Lehre vom richtigen Recht, 1896 bezw. 1902.
Staudinger: Komm. zum BGB., 7. und 8. Auflage.
Staub: Komm. zum HGB., 9. Auflage.
Sörgel: Rechtsprechung.
Thibaut: Theorie der logischen Auslegung der Gesetze, 2. Auflage.
Thöl: Einleitung in das Deutsche Privatrecht und in D. J. Z. 1905.
Unger: System des Oesterr. Priv. Rechts und in D. J. Z. 1906.
Vangerow: Pandekten, 1851.
Wach: Zivilprozeß. — 2. Auflage.
Wächter: Württembergisches Privatrecht, 1880.
Wolff: „Bau auf fremden Boden, 1900“ und in JheringsJ. Bd. 44.
Wurzel: Das juristische Denken.
Zernik: Gesetzesauslegung, Diss. Greifswald 1895.
Zitelmann: Im ArchZivPrax. 66, Lücken im Recht (Rede), 1903. Die Gefahren des BGB. für die Rechtswissenschaft, 1896.

I. Der Begriff des jus singulare.

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est, definiert Paulus in seiner Schrift de jure singulari.

Diese Definition ist die Quelle großer Meinungsverschiedenheiten in der Literatur geworden, ja von einzelnen sehr namhaften Gelehrten ist sie als ein mißglückter Versuch bezeichnet[1]), oder als unfruchtbar und damit überflüssig betrachtet worden[2]).

Allerdings hätte die Definition des Paulus allein vielleicht nicht eine solche Fülle von Interesse erweckt; der Grund hierzu lag hauptsächlich in dem Verbot der Analogie des jus singulare, wie es Paulus (L. 14 de leg. 1,3), Julianus (Jul. L. 15 de leg. 1,3) und Papinian (Pap. L. 23 § 3 de fideic. lib. 40,5) aussprechen.

Was nun das jus singulare betrifft, so erwecken manche Quellenstellen den Anschein, als ob es mit dem jus commune ein Unterbegriff des jus generale sei. Es ist auch bisher allgemein die Ansicht vertreten worden, daß das jus singulare den Gegensatz des jus commune bilde, und man hat sich hierfür auf einige Quellenstellen berufen, in denen eine singuläre Rechtsvorschrift dem jus commune gegenübergestellt ist. Diese Quellenstellen sind a) Ulpianus (L. 7 de inj. test. 28,3), b) Ulpianus (L. 3 D. de test. milit. 29,1), c) Ulpianus (L. 11 de test. milit. 29,1), d) Paulus (sent. II, 4a § 3), e) (L. 15 D. 28,6, Papinian), f) L. 37 D. 49,14, Papinian. Bei näherer Betrachtung aber ergibt sich, daß in den genannten Stellen die singuläre Rechtsvorschrift in einer dem jus proprium oder Privilegium, insonderheit dem jus militare oder jus fisci angehörigen Rechtsnorm enthalten ist.

---

[1]) Regelsberger, Festgabe der Göttinger Jur. Fak.

[2]) Pfaff, Hoffmann, Komm. z. Oesterr. Gesetzb.; Keller Pand.; Rumpff Gesetz und Richter.

Eine Gegenüberstellung dieser Rechte aber mit dem jus commune findet ihre Erklärung in dem Anwendungsgebiet der Rechte, indem dieses das für alle Klassen, jene das für besondere Klassen geltende Recht bezeichnen. In den genannten Quellenstellen a—d ist das jus commune der Testamente dem jus proprium der Soldaten = jus militare, in der Quellenstelle e) das jus commune der Substitution dem privilegium militum, und unter f) das jus commune des Konkursgläubigers dem privilegium fisci gegenübergestellt[1]). Da sich nun aber auch in den Quellen niemals die gegensätzliche Gegenüberstellung der Ausdrücke jus commune und jus singulare findet, es sei denn in der vorher beschriebenen Art, und ferner sich auch nicht die Möglichkeit ausschließen läßt, daß das jus proprium oder privilegium nicht ein die allgemeine Rechtskonsequenz durchbrechendes Recht enthält, so wird in den Quellen lediglich eine gegensätzliche Gegenüberstellung des für besondere Klassen geltenden Rechts zu dem für alle Klassen geltenden Rechte zu finden sein, und nicht eine solche von jus commune und jus singulare.

Ein prinzipieller Unterschied hinsichtlich des Anwendungsgebietes, d. h. inbezug auf die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse, auf die das eine oder das andere Recht Anwendung findet, besteht auch zwischen diesen beiden Rechtsarten nicht. Es mag ja immerhin zugegeben werden, daß das jus singulare hinsichtlich seines Anwendungsgebietes von Haus aus eine einschränkende Tendenz zeigt, und daß diese zu einer gegensätzlichen Gegenüberstellung mit dem jus commune einerseits und einer Gleichstellung andererseits mit dem jus proprium usw. führen mag; indessen zeigen aber auch Beispiele der römischen Quellen[2]), insonderheit aber auch solche des BGB. — z. B. § 912 und § 119,2 —, wie sehr sich diese einschränkende Tendenz verwischt hat.

So greift z. B. die L. 44 § 1 de poss. 41,2 allgemein in das Gebiet der dem römischen Recht sonst unbekannten unmittelbaren Stellvertretung hinein, die durch diese dem damaligen Recht gegenüber singuläre Vorschrift beim Besitzerwerb zugelassen wurde[3]) und

---

[1]) Enneccerus, Bürg. Recht, I, 1 S. 101.

[2]) L. 44 § 1 de poss. 41,2.
L. 44 § 3 de ursup. 41,3.

[3]) Vgl. S. 11.

die L. 44, § 3 de ursup. 41,3 regelt ohne Einschränkung die Einrechnung der Zeit der ruhenden Erbschaft in die Ersitzungszeit[1]).

Im BGB. aber stellt die Sondernorm § 912, entgegen dem Prinzip des § 903 allgemein für den Grundstückseigentümer eine Regel auf, gemäß deren er Einwirkungen anderer auf sein Grundstückseigentum zu dulden hat, und in § 119 Abs. 2 wird der Irrtum im Motiv ausnahmsweise bei einer Willenserklärung für beachtlich erklärt.

Diese Beispiele zeigen insbesondere, daß ein singulärer Rechtssatz durchaus nicht nur für besondere Klassen Rechtsvorschriften aufzustellen braucht, sondern vielmehr solche für alle Klassen von Personen feststellen kann.

Sonach kann das für alle anwendbare Recht (jus commune) gleichwohl singulärer Natur sein, d. h., wie später noch näher auszuführen sein wird, eine Durchbrechung eines Rechtsprinzips enthalten. Es erscheint mithin verfehlt, das jus commune und jus singulare einander gegensätzlich gegenüber zu stellen, wenn auch, wie es in der Natur der Sache liegt, Prinzipmäßigkeit mehr beim jus commune, Prinzipwidrigkeit mehr beim jus proprium zu finden sein wird.

Nach diesem Ergebnis ist für Begriff und Wesen des jus singulare schon soviel gewonnen, daß für die Singularität eines Rechtssatzes nicht seine Gegensätzlichkeit zum jus commune entscheidend sein kann, d. h. nicht sein persönliches oder sachliches Anwendungsgebiet. Vielmehr ist von dem Anwendungsgebiet abzusehen. Nur Wesen und Inhalt des R e c h t s s a t z e s lassen die Singularität des Rechtssatzes erkennen[2]). So sagt denn auch Paulus: jus singulare est quod contra tenorem rationis . . . . . Contra tenorem rationis, d. h. der singuläre Rechtssatz ist gegen ein Rechtsprinzip[3]) eingeführt. Der Begriff wird hier lediglich auf contra tenorem rationis abgestellt, von dem Anwendungsgebiet ist keine Rede, auch nicht von einem Gegensatz zu dem jus commune.

---

[1]) Vgl. S. 12/13.

[2]) Sintenis, das prakt. gem. Zivilrecht, S. 79/80.

[3]) Die Frage, ob statt prinzipwidriges, inkonsequentes, regelwidriges oder anormales Recht unter dem jus singulare zu verstehen ist, scheint müßig zu sein, da mit jedem der Ausdrücke dasselbe gesagt werden soll und kann.

Aber etwas schon Vorhandenes setzt der singuläre Rechtssatz voraus, wie die Worte contra rationem juris besagen: nämlich ein Rechtsprinzip. In welcher Art von Rechtssätzen sich dieses aber befindet, ist gleichgültig[1]). Daß ein solches sich in verschiedenen Arten von Rechtssätzen befinden kann, liegt darin begründet, daß die Bildung eines Prinzips die Folge der Entwicklung auf jedem Rechtsgebiet ist, das je nach der Notwendigkeit der Zeit und der durch sie bedingten Anschauung um Rechtssätze bereichert wird. Die Fortentwickelung des Rechts im allgemeinen wird durch die jeweiligen Verkehrsanschauungen in erster Linie beeinflußt. Dieser Einfluß macht sich einmal innerhalb der Gesetzgebung geltend, indem die Verkehrsanschauungen in der Gestaltung der Gesetze zum Ausdruck kommen, und zum anderen tritt dieser Einfluß innerhalb der Rechtsfortbildung im Rahmen des schon gesetzten Rechtes in die Erscheinung, indem auch hier den jeweiligen Verkehrsanschauungen bei den Entscheidungen der einzelnen Fälle Rechnung getragen wird. Neben den Verkehrsanschauungen, die in erster Linie zu einer Erhöhung der Zweckmäßigkeit des Rechts beitragen, spielt aber bei der Fortentwicklung des Rechts die rechtliche Disposition in dem schon vorhandenen Recht eine Rolle, indem die Gesetze, wie die Fortbildung des Rechts in der Rechtsprechung, möglichst dieser Disposition angepaßt werden müssen, um die Einheitlichkeit des Rechtssystems zu bewahren. Die in der Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen zum Ausdruck kommende Zweckmäßigkeit und die Beobachtung der rechtlichen Disposition in dem schon vorhandenen Rechte bilden dann die ruhenden Punkte, um die sich die Gesetzgebung und die genannte Rechtsfortbildung mit ihren Resultaten krystallisieren. Diese ruhenden Punkte aber sind die Prinzipien im Recht, deren Erkenntnis zumeist das Ergebnis einer rückläufigen Betrachtung im Wege induktiver Methode sein wird. Das Prinzip einer Rechtsnorm ist danach jener Grundgedanke, der auf dem Boden der Verkehrsanschauungen entstanden, der rechtlichen Regelung des jeweiligen Rechtsinstituts zugrunde liegt, und auf den sich die bezüglichen einschlägigen Rechtsvorschriften zurückführen lassen, ganz abgesehen von ihrem persönlichen oder sachlichen Anwendungsgebiet.

---

[1]) Glück S. 543 „jus singulare contra rationem juris singularis“.

Allerdings wird die Frage, ob von einem vorhandenen Rechtsprinzip innerhalb mehrerer Rechtssätze gesprochen werden darf, bisweilen nicht ohne weiteres im bejahenden oder verneinenden Sinne beantwortet werden können, da die Grenze innerhalb der Entwicklung immer flüssig sein wird, bis zu einer Zeit, da das Rechtsprinzip, um das sich die Rechtssätze gruppieren, klar zu Tage tritt.

Im heutigen Recht wird man zweifellos von einem Verschuldungsprinzip reden können, da die rechtlichen Folgen einer Vertragshaftung oder einer solchen aus unerlaubter Handlung ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln oder Unterlassen zur Voraussetzung haben. Neben diesem allgemeinen Verschuldungsprinzip spricht man aber schon von einem Erfolgshaftungs- oder Gefährdungsprinzip, dem eine schärfere Haftung zugrunde liegt in Anbetracht besonders gefahrbringender Unternehmungen und Handlungen. Indessen finden sich hierin, wenn man nicht die §§ 833 ff. BGB. dazu zählen will, erst die ersten Anfänge im Haftpflichtgesetz, im Eisenbahngesetz, im Automobilgesetz, und in dem in Vorbereitung begriffenen Luftschifffahrtsgesetz, sodaß es in der Tat zweifelhaft sein kann, ob man schon von einem neuen Prinzip sprechen kann, oder nur von einer Durchbrechung des Verschuldensprinzips, wie solche auch in der Zufallshaftung der Gastwirte in Erscheinung tritt.

In einem derartigen Stadium der Entwicklung wird sich auch das einem Darlehnsvertrag im römischen Recht zugrunde liegende Prinzip befunden haben, als man entgegen den bis dahin geltenden aus der Natur des Realkontraktes gefolgerten Regeln davon absah, daß der Darlehnsgeber das Eigentum des Geldes auf den Empfänger übertragen haben müsse[1]), und es für genügend erachtete, wenn nur auf Kosten des Darlehnsgebers das Geld an den Schuldner gekommen war, sei es auch infolge einer Anweisung des Darlehnsgebers an seinen Schuldner, dem Darlehnsnehmer zu zahlen. Ulpianus drückt dies L. 15 D. de reb. cred. 12,1 mit den Worten aus: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam.

Abgesehen nun von diesen auf der Grenze liegenden Fällen, die gleichzeitig auch lehren, daß die Bildung eines zunächst singulären Rechtssatzes zur Bildung eines neuen allgemeinen Rechtsprinzips

---

[1]) Pr. J. quib. modis III, 14.
L. 2 § 2, de reb. cred. 12,1.

führen kann, sodaß schließlich die singuläre Natur des Rechtssatzes schwindet, wird man in dem heutigen Recht, wie auch in dem früheren eine große Anzahl von Rechtsvorschriften finden, bei denen ihre Prinzipwidrigkeit hinreichend geklärt zu sein scheint.

Betrachtet man daraufhin die eingangs zitierten Quellenstellen (S. 5/6), so wird hierin die Befreiung der Soldaten von den strengen Testamentsformen als jus singulare und damit prinzipwidrig bezeichnet.

Es ist nun die Ansicht vertreten worden, daß die Vorschrift über die Form eines Rechtsgeschäfts niemals prinzipiell genannt werden könne, daß eine diese Formvorschriften durchbrechende Rechtsnorm nur regelwidrig genannt werden könne und damit auch nicht singulär. Man mag mit Regelsberger[1]) zugeben, daß die „Regel“ begrifflich verschieden vom „Prinzip“ ist, und daß die Regel etwas Äußerliches, ein statistischer Begriff ist, während das Prinzip die dem Wesen und der inneren Natur eines Lebensverhältnisses angepaßte Ordnung ist.

Nach Anschauung der Römer aber ergibt sich die Formbedürftigkeit der Testamente unmittelbar aus deren Wesen. Waren doch nach altem Rechte überhaupt alle voll wirksamen Geschäfte Formgeschäfte gewesen, und hatte sich doch auch das Testament ursprünglich wahrscheinlich aus einem Gesetz, einer lex privata (testamentum calatis comitiis) und später aus der Anwendung der Manzipationsform auf die Testamente entwickelt. Eine Befreiung von dieser geradezu die Grundlage des ganzen Testaments bildenden Form mußte den Römern daher als eine Durchbrechung des allgemeinen Rechtsprinzips erscheinen[2]).

Von diesem Standpunkt aus muß man aber auch schon wegen der weniger strengen Form, an die die Kodizille gebunden waren, — sie waren ursprünglich ganz formfrei — die Ansicht vertreten, daß wie Julianus L. 2 § 2 D. de jur cod. 29,7 sagt: codicillorum jus singulare est, und dies um so mehr, weil, wie es daselbst weiter heißt: quaecumque in his scribentur perinde haberentur ac si in testamento scripta essent. Das Prinzip, daß nur durch ein formgerechtes Testament eine gültige Verfügung von

---

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 5.

[2]) Vgl. BGB. §§ 2249—2251.

Todeswegen errichtet werden konnte, wurde durch den Kodizill durchbrochen.

Im heutigen bürgerlichen Recht, wie auch schon im gemeinen Recht kann man zweifellos von einem Prinzip der Formfreiheit der Schuldverträge sprechen, da, soweit keine ausdrückliche Bestimmung besteht, ein Rechtsgeschäft an keine Form gebunden ist. Daher wird auch jede dieses Prinzip durchbrechende Vorschrift, wie z. B. §§ 311, 313, 518, 566, 761, 766 und 781 BGB. insofern eine singuläre zu nennen sein.

Ein weiteres Beispiel der Prinzipwidrigkeit eines Rechtssatzes findet sich Gajus III § 114: In hoc autem jure (adstipulationis) quaedam singulari jure observantur, nam adstipulatoris heres non habet actionem, item servus adstipulando nihil agit, qui ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirit. Danach bezeichnet Gajus die Unvererblichkeit der Forderung des Adstipulators und die Nichtigkeit der von einem Sklaven geschlossenen Adstipulation als singulär. Geht man davon aus, daß das römische Recht die unmittelbare Stellvertretung nur ausnahmsweise, z. B. beim Besitzerwerb zuließ[1]), so konnte man, da die Stellvertretung — ein Rechtsinstitut, das im BGB. zweifellos zum Prinzip geworden ist, da sie nur in ganz bestimmten Fällen besonders ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Eingehung der Ehe und gewissen anderen familienrechtlichen Geschäften — gleichsam durch die Adstipulation ersetzt wurde, schon darin mit Recht etwas singuläres finden, ganz abgesehen davon, daß die Unvererblichkeit der Forderung des Adstipulators insofern singulär zu nennen war, als sie das Prinzip der Vererblichkeit der Rechte durchbrach[2]).

Die Vererblichkeit aller Rechte aber nur als eine äußere Regel, und damit die Unvererblichkeit der Forderung des Adstipulators nur als eine Ausnahme zur Regel bezeichnen zu wollen, wie dies Regelsberger a. a. O. tut, erscheint nicht richtig, da die allgemeine Vererblichkeit der Rechte nach Wesen und Inhalt mit dem Begriff des Erbrechts und der aus ihm resultierenden Rechtssätze aufs engste

---

[1]) Vgl. in dieser Beziehung L. 44 § 1 D. de poss. 41,2.

[2]) Dasselbe Durchbrechen desselben Prinzips findet sich: D. 24,3, 15,1. D. 37,6, 2,4. D. 47,10, 10, pr. D. 5,2, 6,2. D. 3,6, 4. D. 39,1, 22 und in abgeschwächter Form D. 50,17, 38.

innerlich verbunden ist. Auch im BGB. tritt die Ausnahmenatur mancher Vorschriften, welche die Vererblichkeit ausschließen, deutlich hervor §§ 847, 1300[1]).

Javolenus bezeichnet L. 23 § 1 D. de poss. 41,2 das jus postliminii als singulär, und das mit Recht vom Standpunkte eines Römers aus. Nach römischem Rechtsgrundsatz war nur der freie römische Bürger rechtsfähig und nicht der Sklave. Mit dem Verlust des status libertatis durch Kriegsgefangenschaft wurde er aber Sklave im fremden Lande, und damit verlor er seine Rechtsfähigkeit. Wenn nun zugunsten eines solchen verordnet wurde, daß während seiner Gefangenschaft sein Vermögen für ihn von einem Kurator verwaltet und ihm nach der Rückkehr wiedergegeben werden sollte, wie wenn er nie die Rechtsfähigkeit durch Gefangenschaft verloren hätte, so durchbrach dies das alte Rechtsprinzip, daß nur der Freie rechtsfähig sein konnte.

Einem diesem gleichliegenden Fall in unserem heutigen Recht wird man allerdings nicht mehr auffinden können, da sich in dem modernen Rechte das Prinzip von der Rechtsfähigkeit aller Menschen durchgesetzt hat. So heißt es auch z. B. in der PrVU. Art. 4 „alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich". Mit der Fortbildung des Rechts hat sich auch das dem Rechte zugrunde liegende Prinzip geändert und durch Veränderung des Obersatzes erscheint uns der benannte Rechtssatz des Javolenus nicht mehr singulär.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch die Betrachtung der L. 44 § 3 D. de ursup. 41,3. Hier erklärt Papinianus für singulär, daß die Zeit der ruhenden Erbschaft in die Ersitzungszeit eingerechnet wird. Nach römischem Recht erwarb der Erbe die Erbschaft regelmäßig erst durch die aditio. Mit dem Tode des Erblassers, bei bedingter Erbeseinsetzung aber nicht vor dem Eintritt der Bedingung, entstand für den Erben nur die Möglichkeit, die Erbschaft zu erwerben. Zwischen dieser Delation und der durch die aditio bewirkten acquisitio befand sich die Erbschaft in einem ruhenden Zustande (hereditas jacens). Folgerichtlich wurde auch im ältesten römischen Recht die Erbschaft während dieser Zeit als herrenlos angesehen,

---

[1]) Hierher gehören auch die Vorschriften des Urheberrechts und des Kunstschutzgesetzes, wonach im Falle, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe wird, das Recht des Erblassers erlischt.

und selbst die repräsentative und die retrotraktive Fiktion des späteren römischen Rechts lassen das in den verschiedenen Stadien enthaltene Prinzip des Erbgangs noch erkennen, ja sie waren geradezu um dieses Prinzip praktisch zu mildern, entstanden, ohne es aber völlig zu beseitigen. Bei dieser Sachlage aber war es konsequent, wenn bei der Ersitzung die Ersitzungszeit während des Ruhens der Erbschaft unterbrochen wurde, und für den Erben mit der acquisitio von neuem zu laufen begann. Konnte er sich aber die während des Ruhens der Erbschaft verstrichene Zeit mit anrechnen, so bedeutete dies einen Bruch mit dem bisherigen Prinzip im Erbrecht. Je mehr aber im römischen Recht die konsequente Durchführung des Grundgedankens der hereditas jacens zurücktrat, umsomehr war der Boden für die Entwicklung der successio in usucapionem frei, bei dem der Erbe in die conditio usucapiendi eintrat.

Dem BGB. nunmehr ist der Begriff der ruhenden Erbschaft fremd, nach ihm fallen Berufung und Erwerb zusammen, auch einer Antretung bedarf es nicht. Von diesem Prinzip ausgehend, enthalten die §§ 943/44 BGB. nichts singuläres. Immerhin aber noch in der Beziehung, daß sich die durch den Ablauf eines gewissen Teils der Ersitzungszeit entstandene Rechtslage mit dem Besitz vererbt[1]).

Die bisher behandelten Beispiele des jus singulare in den Quellen ließen sich ihrer Anzahl nach beliebig dem Sinne nach vermehren, da es ihrer eine Unzahl gibt, wie selbst Julian L. 51 fin. D. ad. Leg. Aquil sagt[2]). Es bedarf jedoch wohl keiner weiteren Belege dafür, daß Paulus den Begriff des jus singulare mit den Worten contra tenorem rationis richtig bezeichnet. An diesem Ergebnis wird selbst das nichts ändern, wenn man bezüglich L. 23 § 3 D de fid. lib. 40,5 zu dem Ergebnis kommt[3]), es sei nicht

[1]) Vgl. über die Relativität des jus singulare Kierulff a. a. O.; ferner Rumpf a. a. O.; IheringsJ. Bd. 49.

[2]) Vgl. auch noch Paulus L. 63 D. de usu fructu; ferner Paulus L. 54 D. soluto matrimonio.
Letzteres Beispiel, das von dem beneficium competentiae handelt, zeigt übrigens auch, daß ein jus singulare seinerseits wieder durch ein jus singulare durchkreuzt werden kann (vgl. oben S. 5).

[3]) Windscheid, Pand. S. 124 Anm. 3.

prinzipwidrig, daß die in einem fideicommissum libertatis auf den Zeitpunkt, wo der Erbe ein bestimmtes Alter erreichte, hinterlassene Freiheit auch im Fall des Todes des Erben vor Erreichung jenes Alters dann eintreten soll, wenn nur die festgesetzte Zeit verstrichen ist. Wenn Papinian diese Vorschrift für jus singulare erklärt, so hat er damit doch nur sagen wollen, daß eine Vorschrift für ein fideicommissum libertatis nicht auf die übrigen Fideikommisse übertragen werden darf. Es mag Papinian hier der verwandte Begriff des jus proprium vorgeschwebt haben.

Bei der Betrachtung der Prinzipwidrigkeit des singulären Rechts ist nun im Vorhergehenden davon ausgegangen, daß das jus singulare auf demselben Boden des Rechts entstanden ist, wie das jus commune, und ein Unterschied seiner Herkunft ist nicht gemacht. Ein solcher ist von Savigny[1]) aufgestellt. Er lehrt nämlich, das jus commune sei auf dem reinen Rechtsgebiet entsprungen, das jus singulare aber auf einem fremdartigen, d. h. auf dem Gebiete der necessitas, aequitas, überhaupt jeder Art von utilitas. Dieser Unterschied läßt sich aber nicht halten. Die singuläre Rechtsnorm kann nur auf demselben Wege entstehen wie das allgemeine Recht überhaupt, d. h. durch Gesetzgebung oder Gewohnheitsrecht[2]), und dementsprechend müssen auch die Gründe seiner Entstehung dieselben sein wie bei dem allgemeinen Rechte. Diese Gründe aber liegen stets großenteils außerhalb des Rechtsgebiets, auf dem der Moral, der Religion, der Politik und der Volkswirtschaft[3]), weil die Anschauungen hierüber letzten Endes den Ausschlag für die Gestaltung einer Rechtsnorm geben. In diesem Sinne muß man daher auch zu dem Schluß kommen, daß alle Rechtsnormen im Boden der allgemeinen Zweckmäßigkeit wurzeln.

Nun aber fährt Paulus in seiner Definition fort: propter aliquam utilitatem sei das jus singulare eingeführt. Es könnte scheinen, daß danach die Worte propter aliquam utilitatem einen Teil der Begriffsbestimmung des jus singulare ausmachen sollen im Gegensatz zu dem allgemeinen nicht singulären Recht. Daß die

---

[1]) Savigny, System des römischen Rechts S. 61 ff.

[2]) L. 1 D. 24,1 gibt ein Beispiel für einen durch Gewohnheitsrecht entstandenen singulären Rechtssatz.

[3]) Remy, a. a. O. S. 16.

Zweckmäßigkeit schlechthin kein besonderes Kennzeichen des jus singulare ausmacht, soweit das Gebiet der Entstehung einer Rechtsnorm in Frage kommt, ist eben schon gesagt worden. Dennoch aber haben die genannten Worte ihre Berechtigung in der Definition. Die utilitas, die die Veranlassung zu einer singulären Rechtsnorm gegeben hat, liegt weniger in der besagten allgemeinen Zweckmäßigkeit als vielmehr — wie die vorgenannten Beispiele auch ohne weiteres erkennen lassen — in einer speziell individuellen Zweckmäßigkeit begründet, deren Hervorhebung mit Rücksicht auf die Prinzipwidrigkeit des singulären Rechtssatzes und seiner teilweise einschränkenden Tendenz auf dem Anwendungsgebiet geboten erschien. Wohl dieselbe Art von allgemeiner Zweckmäßigkeit, die einmal zur Regel, zum Prinzip führte, hat ein ander Mal deren Abbeugung verursacht[1]), nicht aber das Wesen der Zweckmäßigkeit. Dieses Wesen der Zweckmäßigkeit mußte seiner Bedeutung wegen bei der Rechtsbildung für besondere Fälle von der Regel abweichende Rechtsnormen schaffen[2]).

Die Worte propter aliquam utilitatem der Definition von Paulus haben aber auch sonst noch für die Begriffsbestimmung des jus singulare in der Literatur verschiedene Ansichten entstehen lassen. So kommt Keller[3]) zu dem Schluß, das jus aequum decke sich mit dem jus singulare im Gegensatz zu dem jus commune, das mit dem jus strictum zusammenfalle. Nun läßt sich aber nicht leugnen, daß das jus commune ebenso jus aequum enthält wie das jus singulare, jus strictum. In dieser Beziehung sei an die Verordnung des Kaisers Arcadius und Honorius erinnert, derzufolge entgegen dem Prinzip des allgemeinen Rechts[4]) die Söhne des Hochverräters die Schuld ihres Vaters mitbüßen sollten, in jener Beziehung aber an die Sozietät und das Mandat die, wie die Schuldverhältnisse überhaupt, von der aequitas beherrscht sind.

Im heutigen Recht aber hat das jus aequum das jus strictum im Prinzip überwunden (§§ 157, 242 BGB.), und wo solches, wie bei Wechselverpflichtungen noch in die Erscheinung tritt wegen der

---

[1]) Brinz. Pand. § 25 S. 112.
[2]) A. A.: Regelsberger a. a. O. S. 5/6.
[3]) Keller a. a. O. S. 14.
[4]) L. 26 D. de poenis; L. 22 eodem.

formalen Natur dieser Rechtsgebilde, ist es selbst dort schon gemildert durch die aus WO. Art. 82 hergeleitete exceptio doli generalis.

Davon abgesehen aber wird auch mit der Teilung von jus aequum und jus strictum schon auf den Boden der Auslegung des Rechts übergegriffen. Die vorgenannte utilitas war die bei der Entstehung der Rechtsnormen berücksichtigte allgemeine oder individuelle Zweckmäßigkeit. Die aequitas aber ist jene Billigkeit, die die feststehende Rechtsnorm nicht zu ihrer strikten Anwendung kommen läßt, weil sie zu einer Unbilligkeit führen würde. Infolgedessen gibt die aequitas unter Berücksichtigung der persönlichen und sachlichen Umstände die Veranlassung zu einer billigen Entscheidung in einem bestimmten wie in gleichartig gelagerten Fällen[1]). So hat sich überall erst in der praktischen Anwendung des Rechts das jus aequum gebildet. Es läßt sich diese Entwicklung im römischen Recht bis auf unsere Tage verfolgen. Die utilitas, auf deren Boden die Rechtsnormen entstehen, liegt außerhalb des Rechtsgebiets, die aequitas entspringt dem Boden feststehender Rechtsnormen mit Rücksicht auf den Einzelfall. Die Kellersche Ansicht ist daher nicht haltbar.

In der Definition des Paulus heißt es nun weiter jus singulare ..... auctoritate constituentium introductum est, d. h. das jus singulare ist von der rechtsbildenden Gewalt ausgegangen[2]). Im Anschluß an die Worte der Definition propter aliquam utilitatem in Verbindung mit den soeben genannten Worten kommt Scharlach[3]) zu dem Ergebnis, daß unter dem jus singulare in den Quellen „einzig und allein das durch die römischen Juristen kraft ihres wissenschaftlichen Ansehens aus Utilitätsgründen gegen bestehende Rechtsvorschriften eingeführte Recht“, verstanden wird[4]). Scharlach geht dabei von dem Gesichtspunkte aus, daß in der Definition des Paulus constituentes nicht Gesetzgeber heiße, sondern constituentes stehe hier an Stelle von prudentes oder veteres,

---

[1]) Ueber jus aequum vgl. Windscheid a. a. O. S. 119 Anm. 1.

[2]) Damit ist aber nicht gesagt, daß es nicht auch durch Gewohnheitsrechte entstehen kann. Diese Möglichkeit ergibt sich schon aus den oben S. 14 behandelten Entstehungsgründen.

[3]) Scharlach, ArchZivPrax. Bd. 62.

[4]) Vgl. auch Zitelmann, ArchZivPrax. Bd. 66 S. 348, der der Ansicht von Scharlach im vollen Umfange beitritt.

d. h. also constituere bezeichne das Aufstellen von Rechtsnormen durch Rechtsgelehrte. Denn sonst, so argumentiert er weiter, habe das Wort auctoritate keinen Sinn in der Definition, weil der Gesetzgeber nicht erst der auctoritas bedürfe, um Rechtnormen einzuführen, sondern diese Machtbefugnis stehe ihm kraft der ihm übertragenen gesetzgeberischen Gewalt zu, im Gegensatz zu den prudentes oder sapientes, die kraft ihrer wissenschaftlichen Autorität Rechtsnormen als Gewohnheitsrecht zur Einführung verholfen hätten.

Ferner aber heiße es von dem jus singulare, es sei rezipiert [receptum esse[1])]. Nirgends aber in den Quellen werde eine Rechtsnorm, die von der gesetzgeberischen Gewalt geschaffen sei, rezipiert genannt.

Die letzte Behauptung läßt sich nun mit Rücksicht auf die L. 32 § 1 D. 1,3: nam cum leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt nicht halten, und was die zuerst genannte Meinung betrifft, so läßt sich an der Hand der Quellen nachweisen, daß der Ausdruck constituere durchaus nicht nur in dem Scharlachschen Sinne gebraucht ist. So heißt es: Gajus I, 3 ff. lex est quod populus jubet atque constituit, senatus consultum est, quod senatus jubet atque constituit. Ferner L. 1 D. 14,5 . . . . praetor de peculio constiuit. L. 1 § 9 D. 48,10 ut divi quoque Severus et Antonius constituerent, und L. 41 D. 18,5. Et hoc Tiberius Caesar constituit[2]) und schließlich in L. 32 § 1 de leg: Et hoc est quod dicitur moribus constitutum. Danach kann es nicht zweifelhaft sein, daß constituere allgemein das Festsetzen von Rechtsnormen bedeutet, und daß das jus singulare auf positiver Satzung irgend welcher Rechtsquelle beruht.

Ferner heißt aber auctoritas auch nicht vornehmlich wissenschaftliches Ansehen, wie aus L. 2 § 1 D 7,5: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit und L. 3 § 1 D. 47,22: in summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate . . . . und schließlich noch aus L. 11 § 1 D. 2,4: finita est legis auctoritas ersichtlich ist.

---

[1]) Vgl. L. 23 § 3 D. de fidei com. libert. 40,5; L. 44 § 3 D. de ursup. 41,3; L. 44 § 1 D. de poss. 41,2; L. 15 D. de reb. cred. 12,1.

[2]) Vgl. ferner die Beispiele bei Eisele a. a. O. S. 128.

Danach ist die Scharlachsche Interpretation der Paulinischen Definition hinfällig. Damit verliert aber auch seine Ansicht, daß das jus singulare ausschließlich Juristenrecht[1]) sei, ihre Gültigkeit, und ebenso muß man die in seiner oben mitgeteilten Definition des jus singulare enthaltene Ansicht, das jus singulare sei eine Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel, die nicht auf einem Rechtsgrund basiert, sondern nur auf dem rein äußerlichen Grunde des Bedürfnisses und der Nützlichkeit[2]) ablehnen, da, wie schon oben näher ausgeführt, das jus singulare hinsichtlich seiner Entstehung auf dieselben Quellen zurückzuführen ist, wie alles Recht.

Was nun das heutige bürgerliche Recht anlangt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die von Paulus erwähnte utilitas sich auch in den singulären Vorschriften des BGB. ohne weiteres erkennen läßt, und daß auch heute noch der singuläre Rechtssatz ebenso im Wege der Gesetzgebung als im Wege der Gewohnheitsrechtsbildung in die Erscheinung tritt. Juristenrecht, von dem man im römischen Recht spricht, existiert aber schlechterdings nicht mehr, man wolle denn dem Reichsgericht die Stellung der damaligen prudentes usw. zubilligen, und sagen, wie einst durch die Rezeption des Rechtes eines Juristen positives Recht hervorgebracht werden konnte, so könne es jetzt durch die Annahme der in den Entscheidungen des Reichsgerichts enthaltenen Rechtsanschauungen entstehen. Allein auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist als rechtsbildend nur dann anzuerkennen, wenn alle Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts vorliegen. Aber auch nur dann.

Eine von den behandelten Ansichten über das jus singulare ganz verschiedene Meinung vertritt Dernburg[1]). Er sagt, daß das jus singulare einerseits das Sonderrecht, d. i. das eigentliche prinzipwidrige Sonderrecht umfasse, anderseits aber die Rechtssingularitäten, d. h. Rückstände aus einer verflossenen Periode, sogenannte Rudimente der Vergangenheit[2]). Eine solche Unterscheidung in dem Begriff des jus singulare erscheint aber schon mit Rücksicht darauf nicht

---

[1]) Aehnlich auch Baron a. a. O. S. 27.

[2]) Scharlach a. a. O.

[1]) Pand. 1 § 33, aber auch wohl in neuerer Zeit Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung S. 80.

[2]) Einziges Beispiel die usucapio pro herede.

richtig, daß in den Quellen ganz überwiegend gerade solche Rechtsnormen als singulär bezeichnet werden, die zu ihrer Zeit durchaus nicht einer vergangenen Zeit zugerechnet werden können, und daß man nicht annehmen kann, daß Paulus bei seiner Definition und bei dem Ausspruch über die analoge Anwendung nur die seltenen Fälle des „Rudimente aus der Vergangenheit" im Sinne gehabt habe[1]).

Nach dem vorhergehenden Abschnitt kann man, der Definition des Paulus folgend, schon soviel sagen, daß das jus singulare ein prinzipwidriges in den verschiedensten Arten von Rechtssätzen vorkommendes Recht ist, das aus individuellen Zweckmäßigkeitsgründen im Wege der Gesetzgebung oder der Gewohnheitsrechtsbildung entstanden ist. Es ist also nicht notwendig ein Klassenrecht oder Sonderrecht im Sinne eines für besondere Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse geltenden Rechts. Es ist aber auch keineswegs notwendig ein prinziploses Recht, wie unten näher zu erläutern sein wird.

II. Die Analogie singulärer Rechtssätze.

Es ist schon oben gesagt, daß die römischen Juristen[1]) hinsichtlich des jus singulare den Satz aufgestellt haben, es dürfe nicht analog angewandt werden. So sagt Paulus L. 14 de leg. 1,3: non est producendum ad consequentias und L. 162 R. I. 50,17: non debent singularia in argumentum trahi. Ferner spricht dieses Verbot Julianus Jul. L, 15 de leg. 1,3 mit den Worten aus: non sequi possumus regulam juris, und schließlich noch lehrt Papinian Pap. L. 33 § 2 de fideic. lib. 40,5 . . quam sententiam jure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit. Trotzdem beweisen aber verschiedene Quellenstellen, daß sich die Römer selbst an diese von ihnen aufgestellte Regel in der Praxis nicht gebunden haben.

Nach S. C. Vellejanum war es entgegen dem Prinzip der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit den Frauen verboten, sich durch

[1]) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 7/8. L. 54 sol. mat. 24,3; ferner auch Eisele a. a. O. S. 130.

[1]) Vgl. oben S. 5.

fide jussio zu verbürgen und Darlehn für einen anderen aufzunehmen. In späterer Zeit aber wurde dies Verbot auf alle Interzessionen der Frauen ausgedehnt[1]).

Das Verbot, daß der Tutor Sachen seines Mündels durch Kauf für sich erwerbe, wurde auf die curatores, procuratores et qui negotia aliena gerunt erstreckt[2]). Die Singularität der Vorschrift „tutor rem pupilli emere non potest“ liegt darin, daß der tutor entgegen dem allgemeinen Prinzip sein Mündel sich nicht durch Vertrag verpflichten konnte.

Ferner wurde die freie Form des Soldatentestaments auf die im Feindesland als Geiseln befindlichen römischen Bürger ausgedehnt[3]), und schließlich wurden auch die sogenannten Dotalprivilegien kraft deren eine Veräußerung oder Verpfändung von Dotalgegenständen durch den Ehemann unwirksam war, obwohl er Eigentümer der Dotalgegenstände wurde, von dem Ehemann auf den Bräutigam ausgedehnt[4]). Die Singularität der zuerst genannten Vorschrift ist oben S. 10/11 behandelt, die der zu zweit genannten ergibt sich aus der prinzipwidrigen Verfügungsbeschränkung des Ehemanns während der Ehe, die ihm selbst eine Verpfändung mit Einwilligung der Ehefrau untersagte, weil hierin eine Interzession gelegen hätte.

Nicht unerwähnt bleibe aber schließlich auch die Ausdehnung des beneficium competentiae[5]).

Wie nun sind jene genannten Ausdehnungen singulärer Rechtssätze mit dem Verbot der Analogie singulärer Rechtssätze zu vereinigen?

Die Ansichten hierüber gehen weit auseinander.

Savigny[6]) sagt: „Auf das bestimmteste aber haben sich die alten Juristen gegen die analogische Erweiterung bei dem jus singulare erklärt“, und führt zum Beweise der Durchführung dieser Regel die Quellenstellen L. 2 § 26 pro emptore 41,4, L. 16 de ursup.

---

1) Vgl. L. 2 § 4,5; L. 8 § 8/9; L. 32 § 1/2; D. 16,1.

2) Vgl. L. 34 § 7 D. de contr. emt. 18,1.

3) L. pr. D. de bon. poss. ex test. mil. 37,13.

4) L. 4 de fund. dot. 23,5. Andere Beispiele siehe noch Regelsberger a. a. O. S. 9.

5) Vgl. hierzu Glück Pand. a. a. O. S. 542 ff.

6) Savigny a. a. O. S. 295.

41,3 und L. 36 de adqu. poss. 41,2 an. Gleichzeitig aber gibt er auch Beispiele aus den Quellen, in denen sich eine analoge Erweiterung des jus singulare findet. Es sind dies die oben genannten Beispiele von dem Militärtestament, von den Dotalprivilegien und schließlich noch die Ausdehnung der Kompetenzbefugnis des Ehemanns auf die Ehefrau. Diese Widersprüche erklärt er aus der eigentümlichen Stellung der römischen Juristen, „welche die Fortbildung des Rechts unmittelbarer in ihre Hände legte, als bei uns angenommen werden kann."

Ähnlich äußert sich auch Baron[1]), indem er meint, das Verbot sei nur eine Anweisung für den Richter, nicht für den Gesetzgeber, und daher hätten die klassischen römischen Juristen, welche vermöge ihres jus respondendi gesetzgeberische Befugnisse ausübten, sich an jenes Verbot nicht gekehrt.

Scharlach und Zitelmann[2]) kommen, ihrer Auffassung vom jus singulare gemäß, die, wie Regelsberger[3]) richtig bemerkt, darin gipfelt, daß das jus singulare Juristenrecht sei, zu dem Schluß, daß das S. C. Vellejanum, das S. C. Macedonianum, die privilegia und beneficia nicht zu dem jus singulare gehören, und das folgeweise ihre analoge Ausdehnung, wie sie in der Praxis erfolgt sei, gar nicht unter das Verbot der Analogie falle.

Windscheid[4]) gibt im Hinblick auf die große Zahl der Ausdehnungen singulärer Rechtssätze seiner Meinung in dem Satze Ausdruck, das jus singulare dürfe nicht weiter ausgedehnt werden, als der eigentliche **Gedanke** der Bestimmung reiche: das Verbot also sage nichts weiter, als was sich von selbst verstehe.

Keller[5]) versteigt sich zu dem schon oben angeführten Ausspruch, „der Begriff des jus singulare ist eigentlich ganz unfruchtbar und wenn man daran das Verbot der ausdehnenden Interpretation geknüpft hat, so ist in der Tat nichts anderes gesagt als: es darf keine Rechtsregel auf etwas bezogen werden, wofür sie nicht gemeint ist."

---

[1]) Baron Pand. S. 27.
[2]) Vergl. oben S. 19, insonderheit Anm. 3.
[3]) Regelsberger a. a. O. S. 6.
[4]) Windscheid a. a. O. S. 124 Anm. 3.
[5]) Keller, Pand. S. 15.

Römer[1]) ist der Ansicht, eine lex singularis sei analog anzuwenden, wofern ihr nachweisbar ein höheres allgemeineres juristisches **Prinzip** zugrunde liege.

Regelsberger[2]) schließt sich im wesentlichen an Keller an, er hält auch eine gewisse analoge Ausdehnung nicht für unmöglich. Diese sei aber durch die Entwicklung im Rechtsleben bedingt, und also „habe die in der Analogie liegende Macht die römischen Juristen über ihre eigene Regel hinweggeführt." Bei dem praktischen Sinn der römischen Juristen sei nicht anzunehmen, daß sie dem völligen Ausschluß der analogen Anwendung des jus singulare das Wort reden wollten.

Hölder[3]) meint, die Analogie des jus singulare sei insoweit statthaft und geübt, als sein unmittelbarer **Inhalt** und sein praktischer **Zweck** es erfordere.

Brinz[4]) hält die Analogie zwar für ausgeschlossen, aber nicht jede, den Buchstaben überschreitende Anwendung. Die logische Anwendung gehöre zu jedem Recht und also auch zum jus singulare.

Dernburg[5]) kommt seiner Unterscheidung zwischen Rechtsingularitäten und eigentlichem prinzipwidrigen Sonderrecht entsprechend zu dem Schluß, daß sich das Analogieverbot nur auf die Singularitäten beziehe, zu denen ja die oben angeführten Quellenbeispiele nicht zählen würden.

Wächter[6]) sucht den oben genannten Widerspruch zwischen Theorie und Praxis durch die Unterscheidung zwischen **analoger Erweiterung** und **ausdehnender Auslegung** zu erklären, und behauptet darnach, nur erstere sei verboten, letztere aber gestattet. Ihm schließen sich im wesentlichen an: Vangerow[7]), Böcking[8]), Unger[9]), und schließlich auch Eisele[10]). Auch wird man hier noch Puchta[11]) zu erwähnen

---

[1]) Römer, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 19, S. 94.

[2]) Regelsberger a. a. O. S. 9 ff.

[3]) Hölder, Pand. S. 69.

[4]) Brinz, Pand. I, S. 111.

[5]) Dernburg, Pand. S. 77 ff.

[6]) Wächter, Württ. Priv. R. S. 144 Note 42.

[7]) Vangerow, Pand. Bd. 1 § 25.

[8]) Böcking, Pand. 1 § 96.

[9]) Unger, Syst. d. Oesterr. Priv. R. §§ 10,13.

[10]) Eisele in IheringsJ. Bd. 32 S. 120 ff.

[11]) Puchta, Vorlesungen § 21 S. 51; vgl. auch ferner Hölder a. a. O. S. 69.

haben, der die Unmöglichkeit einer Analogie des jus singulare schon daraus folgert, daß demselben keine ratio zugrunde liege, weil es lediglich auf äußerer Autorität beruhe und contra rationen eingeführt sei.

Wie verschiedenartig hiernach auch die Versuche derjenigen Schriftsteller sind, die eine Lösung des Widerspruchs zwischen dem Verbot der Analogie in der Theorie und dem Nichtbefolgen dieses Verbots in der Praxis zu geben versuchen, es lassen sich unschwer drei Grundgedanken aus ihren Ansichten herausschälen, mit denen sie einen Einklang von Theorie und Praxis herbeizuführen suchen.

Die einen kommen zu dem Schluß, der analogen Anwendung des jus singulare stehe nichts im Wege, sofern sich auch in dem singulären Rechtssatz ein Prinzip finde. Andere meinen, nur die Analogie singulärer Rechtssätze falle unter das Verbot und nicht die ausdehnende Interpretation, und wieder andere verweisen auf das Gebiet der ergänzenden Rechtsfindung unter Berücksichtigung der besonderen Stellung der römischen Juristen, insgesamt aber weisen diese Kategorien auf das Gebiet der Ermittelung und Anwendung des Rechts hin, die in Auslegung und Rechtsfindung, ergänzende und abändernde, einzuteilen ist.

Es erwächst nunmehr die Aufgabe, diese drei Teile des Gebiets der Ermittelung und Anwendung des Rechts einzeln zu beleuchten, um zu einem Schluß zu kommen, auf welche Weise die ausdehnende Anwendung singulärer Rechtssätze zu erklären ist, und ob und inwiefern, doch trotz dieses Verbots, ohne es zu ignorieren, eine Ausdehnung singulärer Rechtssätze erlaubt ist.

Eine derartige Untersuchung hat von der Auslegung der Rechtssätze auszugehen. Dabei kann es nicht zweifelhaft sein, daß die für die Auslegung eines allgemeinen Rechtssatzes gültigen Regeln in gleicher Weise für die Auslegung eines singulären Rechtssatzes gelten. Man hat zwar früher behauptet, das jus singulare müsse man „strikte" interpretieren, „d. h. daß die Abänderung möglichst gering angenommen werde." Aber gegen diese Auffassung wehrt sich doch schon mit Recht die Mehrzahl der älteren Schriftsteller, und zwar, wie Wächter[1]) mit Recht sagt, weil eine derartige Auslegungsregel

---

[1]) Wächter a. a. O. S. 144 Anm. 42 und auch Puchta a. a. O. S. 37; Windscheid-Kipp S. 124 Anm. 3.

auf der Verwechslung zwischen ausdehnender Interpretation und Analogie beruht.

Es ist ja auch in der Tat nicht einzusehen, warum ein jus singulare hinsichtlich der Auslegung schlechter gestellt sein soll, als jeder allgemeine Rechtssatz, da selbst die ausgedehnteste Auslegung noch immer durch die Buchstaben des Gesetzes gedeckt wäre.

Auslegung nun heißt, den Sinn eines Rechtssatzes ermitteln, und zwar denjenigen, der für das Rechtsleben und also auch für die richterliche Entscheidung der maßgebende ist[1]). Diesem Gedanken hat schon Celsus L. 17 D. de leg. 1,3 mit den Worten Ausdruck verliehen: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Nicht also darf der Richter bei seiner Entscheidung ängstlich am Wortlaut des Gesetzestextes hängen, sondern er muß seinen Sinn herauszuarbeiten suchen. Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzestext noch so klar ist, und es ist nicht richtig zu behaupten, wie das wohl geschehen ist, daß die Auslegung immer nur ein fehlerhaftes, zweideutiges oder dunkles Gesetz voraussetze[2]). In dieser Beziehung sei nur an die L. 1 § 11 D. de insp. ventre 25,4: „Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus“ erinnert. Die eigentliche Auslegung nun ist die doktrinelle, d. h. jene Auslegung, die ihren Ursprung in der wissenschaftlichen Tätigkeit des Auslegers, also auch des Richters hat[3]). Diese Auslegung wird oft in grammatische und logische geteilt, was aber nur besagen will, daß bald sprachliche, bald andere aus dem inneren Wesen des Gesetzes zu entnehmende Gründe überwiegen. Darnach stellen sich aber die grammatische und die logische Interpretation nicht als zwei Arten der Auslegung dar, sondern nur als Elemente, vermittelst derer man die Auslegung vornimmt. Insoweit herrscht über die Auslegung auch wohl heute kein Streit mehr. Anders aber hinsichtlich der Frage, welcher Weg einzuschlagen sei, um das Ziel der Sinnesauslegung näher zu bestimmen.

---

[1]) Enneccerus a. a. O. S. 109.

[2]) Vgl. hierzu Glück a. a. O. S. 206; Brinz, Pand. S. 118.

[3]) Die authentische oder usuelle Auslegung ist keine Auslegung, sondern stellt sich als neues Gesetz oder Gewohnheitsrecht dar, da es bei ihr garnicht darauf ankommt, ob die Auslegung dem Sinn der alten Bestimmung entspricht oder nicht.

In dieser Beziehung sind es hauptsächlich zwei Meinungen, die jede auf ihre Weise die Frage zu klären suchen.

Als erste ist die Ansicht zu nennen, die da sagt: maßgebend ist der in dem Gesetz zum Ausdruck gelangte **Wille des Gesetzgebers.** Das Gesetz ist der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, Inhalt des Gesetzes ist das vom Gesetzgeber Gewollte, der Wille des Gesetzgebers[1]).

Die zweite jüngere Ansicht lehrt: maßgebend ist der vom Gesetzgeber völlig abgelöste **Wille des Gesetzes** selbst, der Wille, den das Gesetz hat als eine konstante lebendige Kraft, der Sinn, den der Auslegende in den vom Gesetzgeber festgestellten Worten unter Berücksichtigung des Rechtssystems und der ganzen gegenwärtigen Verhältnisse findet, auch wenn er klar erkennt, daß der Wille des Gesetzgebers ein anderer war[2]).

Von den Anhängern der letzten Ansicht ist der älteren vor allem der Vorwurf gemacht, daß schon die römischen Juristen das Gesetz nicht nach dem Willen des Gesetzgebers ausgelegt hätten, und daß gerade die im römischen Rechte fußende historische philologische Auslegungstheorie sich konsequenter Weise nach ihren großen Vorbildern hätte richten müssen. Diese Beanstandung läßt sich jedoch mit Rücksicht auf die widerstreitenden Quellenaussprüche nicht halten. Die Quellen sprechen abwechselnd von sententia voluntas legis, und von voluntas legislatoris, mens senatus usw.[3]) Mit Recht folgert daher Regelsberger, daß aus den Quellen nicht der Beweis erbracht sei, daß bei den Römern der Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung keine Rolle gespielt habe.[4])

Ebensowenig kann gegen die erste Meinung geltend gemacht werden, daß sich das Gesetz mit der Publikation vom Gesetzgeber losreiße, und nunmehr der Gesetzgeber seinem Geistesprodukt wie

---

[1]) Savigny, Wächter, Regelsberger, Gierke, Windscheid, Eck, Förster-Eccius, Kipp bei Windscheid, Enneccerus, Arndt, Vangerow, Kierulff, Ihering, Thöl, Zittelmann.

[2]) Wach, Binding, Kohler, Hölder, Becker, Dogmatische Jahrbücher 34, S. 73 ff.; Schlesinger, Göttinger gelehrte Anzeigen 1864, Jung, von der logischen Geschlossenheit des Rechts, Festgabe der Gießener Jur. Fak. und Kraus.

[3]) Vgl. die Zusammenstellung bei Kohler in GrünhutsZ. Bd. 13 S. 1.

[4]) Vgl. Regelsberger Pand. S. 144, aber auch Geza-Kiß in IheringsJ. Bd. 58 S. 431.

jeder Dritte gegenüberstehe, und daß der Gesetzgeber also nur Worte gegeben habe, aus denen ein Gedankeninhalt zu entnehmen sei[1]). Das Gesetz ist vielmehr das Gebot des Gesetzgebers, das Gebot geworden ist durch seinen Willen, die Rechtsverhältnisse zu ordnen, und dieser Wille spricht sich in den Gesetzesworten aus, also ist auch von diesem Willen bei der Auslegung auszugehen. Die gegenteilige Ansicht, würde den Subjektivismus des Auslegers Tür und Tor öffnen, und mit Recht behauptet Enneccerus[2]): „Gesetze sind nicht elastisch in dem Sinne, daß man sie je nach den Umständen heute so und morgen so verstehen kann und auch vom Gesetze gilt das Wort: in ambiguo sermone non utrumque dicimus sed id tantum quod volumus[3]). Die Rechtssicherheit, deren Bestand die Auslegung jederzeit im Auge haben muß, würde ganz entschieden darunter leiden, wenn der Wortlaut des Gesetzes aus sich selbst bald diesem, bald jenem Richter zur Auslegung überantwortet wäre, ohne daß dieser auf den Willen des Gesetzgebers Rücksicht zu nehmen brauchte. Die schon von Thibaut[4]), allerdings als Gegner der historischen Auslegungstheorie, aufgestellte Forderung der Rechtssicherheit bei der Auslegung der Gesetze, die nach ihm Kraus[5]) ganz besonders betont hat, sieht freilich das Heil dieser Verwirklichung gerade darin, daß „den Untertanen zunächst", wie Thibaut a. a. O. sagt, „nichts bindet, als was ihm publiziert ist. Sollte er schuldig sein, aus der Geschichte den Geist der Gesetze zu lernen, so müßten dieses die Gesetze vorgeschrieben haben. Die Gesetze sind für alle Untertanen gegeben; geht man nun von dem Satze aus, daß auch aus historischen Datis der Umfang der Gesetze bestimmt werden könne, so ist eben dadurch die Gewißheit des Rechts untergraben." Es ist aber doch wohl nicht einzusehen, daß bei der Auslegung der von dem Willen des Gesetzgebers losgelöste Sinn des Gesetzes, der auch allemal bei der Auslegung zu ermitteln ist, einen größeren Maßstab von Rechtssicherheit gewähren könnte als der Wille des Gesetzgebers, zu dessen Ermittelung uns

[1]) Kohler a. a. O. und BGB. Bd. 1 S. 124 ff.
[2]) Enneccerus a. a. O. S. 112.
[3]) L. 3 D. de reb. dub. 34,5.
[4]) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung der Gesetze.
[5]) Kraus, in GrünhutsZ. Bd. 32 S. 621/22.

die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in mancherlei Form, sei es in den Motiven, oder Parlamentsberichten usw., Handhaben bietet. Man mag immerhin der Erklärungstheorie im Interesse der Verkehrssicherheit den Vorzug vor der Willenstheorie bei den Willenserklärungen geben. Doch schlägt dieser Grund bei der Auslegung der Gesetze nicht durch, weil ja gerade hier die Erklärung vor dem Sinn zurücktreten muß[1]).

Zugegeben nur mag werden, daß ein Wille des Gesetzgebers streng genommen nicht vorhanden ist, daß vielmehr nur von einem Willensinhalt der die gesetzgeberische Gewalt ausübenden Faktoren gesprochen werden kann, der in dem Gesetz zum Ausdruck gekommen ist[2]).

Nicht aber soll damit der gesunde Fortschritt in der Auslegungsmethode ausgeschaltet werden. Nur erscheint die Berücksichtigung der systematischen und historischen Momente neben dem Wortlaut, der innere Zusammenhang der Vorschrift und ihr Verhältnis zu anderen Vorschriften desselben oder anderer Gesetze, ferner der Zustand der Rechtswissenschaft jener Rechte, auf dem das auszulegende Gesetz beruht, und schließlich seine ganze Entstehungsgeschichte, m. a. W. der Wille des Gesetzgebers als ein konstanterer Ausgangspunkt bei der Auslegung und Entscheidung, als jene von dem Willen des Gesetzgebers losgerissenen Gesetzesworte. Dabei werden aber auch der Zweck des Gesetzes und schließlich auch der Wert des gefundenen Ergebnisses mit Rücksicht auf unsere ethischen und wirtschaftlichen Bedürfnisse so viel Berücksichtigung finden können, um dem Richter den sattsam bekannten Vorwurf der Weltfremdheit zu ersparen.

Nachdem somit Ausgangspunkt und Mittel und Wege der Auslegung soweit nötig dargelegt, kommen wir nunmehr zu dem Ergebnisse der Auslegung. Man unterscheidet die beschränkende (restriktive) und die ausdehnende (extensive) Interpretation, die beide im Gegensatz zu der deklaratorischen Auslegung unter den Begriff der berichtigenden Auslegung fallen, d. h. zu einer Auslegung, die ihren Ursprung darin hat, daß der Wille des Gesetzgebers in irgend

[1]) Siehe hierzu gegenteilig Kraus bei Grünhut a. a. O.

[2]) Vgl. hierzu Enneccerus a. a. O. S. 112.

einer Beziehung falsch, vor allem zu eng oder zu weit in dem jeweils vorliegenden Gesetzestext zum Ausdruck gekommen ist, die es aber nicht zuläßt, den Willen des Gesetzgebers unbeachtet zu lassen.

Was nun die einschränkende Auslegung betrifft, so sei nur kurz bemerkt, daß auch sie, wo sie nach Lage der Dinge am Platze ist, ebenso bei dem jus singulare anzuwenden ist wie bei jedem anderen Rechtssatze. Es soll und darf durchaus nicht nur der weiteren Auslegung bei singulären Rechtssätzen das Wort geredet werden.

In dieser Beziehung sei auf die §§ 8 Abs. 2, 10 Abs. 2 des Reichsgesetzes betreffend das Urheberecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901 sowie auf das Reichsgesetz betreffend das Urheberecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie vom 9. Januar 1907 hingewiesen, in denen es gleichlautend heißt: Ist der Fiskus oder eine andere juristische Person gesetzlicher Erbe, so erlischt das Recht, soweit es dem Erblasser zusteht, mit dessen Tode.

Diese Vorschrift ist insofern singulär zu nennen, als sie das Prinzip der Vererblichkeit aller Rechte, das auch in dem § 1936 BGB. zum Ausdruck kommt, durchbrechen.

Sie führt, ihrem Wortlaut gemäß angewendet, zu der Konsequenz, daß die Nachlaßgläubiger, wenn der Fiskus gesetzlicher Erbe ist, keine Befriedigung aus dem Urheberrecht finden können, weil das Urheberrecht, sowie es dem Verstorbenen zustand, erloschen ist. Weiter würde aber auch, falls das Urheberrecht vermacht ist, unter den genannten Voraussetzungen das Vermächtnis unwirksam sein und ebenso würde für den Fall, daß der Fiskus gesetzlicher Vorerbe ist, das Urheberecht dem Nacherben zum Schaden erloschen sein.

Dieses Ergebnis enthält zweifellos für die davon Betroffenen eine Härte; sie zu mildern wird aber eine einschränkende Auslegung der genannten Gesetzesstellen imstande sein, indem man, wie bei der Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Erben, auch beim Uebergang des Urheberrechts durch Eintritt des gesetzlichen fiskalischen Erbrechts annimmt, daß ein erloschenes Recht gewissen Personen gegenüber nicht als erloschen gilt[1]).

Die ausdehnende Auslegung aber bedarf einer eingehenden Unter-

[1]) Vgl. Wolff in JheringsJ. Bd. 44 S. 431 ff.

suchung, da mit ihrer Hilfe eine Anzahl der oben genannten Schriftsteller den Widerspruch zwischen dem Verbot der Analogie singulärer Rechtssätze und seiner Nichtbefolgung in der Praxis zu lösen versucht.

Es ist schon oben die Lehre, daß das jus singulare strikt zu interpretieren sei, abgelehnt. In Anbetracht der zitierten Quellenstellen betreffend das Verbot der ausdehnenden Anwendung singulärer Rechtssätze (vgl. S. 19 oben) bedarf jedoch die Frage noch einer näheren Prüfung, ob nicht nur die Analogie, sondern auch die auslegende Ausdehnung durch die zitierten Ausdehnungsverbote getroffen wird, eine Behauptung, die z. B. von Scharlach aufgestellt ist[1]).

Die Beantwortung wird nicht unabhängig von dem Begriff der ausdehnenden Auslegung zu geben sein[2].)

Was die ausdehnende Auslegung betrifft, so ist nach dem bisher Gesagten insofern der Begriff festgestellt, daß der Inhalt eines Rechtssatzes umfassender ist als sein Ausdruck, und daß infolgedessen der bezügliche Rechtssatz auch auf andere seinem Wortlaute nicht direkt entsprechende Fälle anzuwenden ist, sofern eine solche Ausdehnung mit dem Willen des Gesetzgebers sich noch vereinigen läßt. Die ausdehnende Auslegung geht daher von einem Gesetzestext aus und stellt den Gedanken des Gesetzes gegenüber dem zu engen Ausdruck klar, oder wie Regelsberger sich ausdrückt „die ausdehnende Auslegung geht davon aus, daß der Schöpfer des Rechtssatzes den umfassenden Inhalt gewollt, und sich nur im Ausdruck vergriffen hat. Sie schreitet über den Buchstaben hinaus[3])." Das aber heißt die ausdehnende Auslegung führt zu einem Rechtssatz, wie ihn der Gesetzgeber gewollt hat und der so gefundene Rechtssatz allein ist für die Entscheidung maßgebend.

Somit also wird die ausdehnende Auslegung im Prinzip auch bei singulären Rechtssätzen als zuläſsig erachtet werden müssen[4]). Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie nun auch geeignet ist, die

[1]) Vgl. Scharlach a. a. O. S. 439.

[2]) Vgl. Zernik, Diss. Greifsw. 1895 S. 25 ff. und die dort zitierten im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht.

[3]) Regelsberger, Pand. S. 159, 160. Vgl. aber auch Wächter a. a. O. S. 54 Anm. 2.

[4]) Rumpf, Gesetz und Richter S. 159, dessen Ansichten im übrigen aber nicht beigetreten werden kann.

Ausdehnung singulärer Rechtssätze in dem Maße, wie sie zu römischen Zeiten geschehen ist, zu erklären.

Wenn man in Rechnung zieht, daß die Einführung eines singulären Rechtssatzes zweifellos aus Furcht vor dem Bruch mit dem allgemeinen höheren Rechtsprinzip sich nur zögernd vollzogen hat, und schließlich nur da geschehen ist, wo die Anschauung der damaligen Zeit mit aller Gewalt zu einer Durchbrechung dieses Prinzips drängte, so liegt es doch sehr nahe, anzunehmen, daß der Gesetzgeber in der Form der Aufstellung des singulären Rechtssatzes seinen gesetzgeberischen Willen so genau wie irgend möglich zum Ausdruck bringen wollte und auch brachte, namentlich inbezug auf jene Personen oder Rechtsverhältnisse, auf die der singuläre Rechtssatz Anwendung finden sollte, sodaß über dieses jeweilige bestimmt zum Ausdruck gebrachte Anwendungsgebiet für eine Auslegung, die über die deklaratorische hinausgeht, nur sehr wenig oder gar kein Platz vorhanden war, soweit man nicht den Willen des Gesetzgebers ignorieren wollte. Daher schreibt Regelsberger[1]) mit Recht, daß die ausdehnende Auslegung in dem genannten Sinn nicht fähig ist, den Widerspruch zwischen dem Verbot der Analogie und der Ausdehnung singulärer Rechtssätze in der Praxis zu lösen. „Der Senat glaubte z. B. mit mit der Bürgschaft und der sog. intercessio tacita, die den Frauen gefährlichen Interzessionsgeschäfte erschöpft zu haben; die mancherlei Hintertüren, welche ein findiger Verkehr entdeckte, blieben außerhalb seines Gesichtskreises. Man frage sich nur, ob ein heutiger Richter gegenüber einem ähnlich lautenden Gesetz aus der Neuzeit die Ausdehnung wagen würde.“

Somit bleibt nur die Frage, ob analoge Anwendung gestattet ist, übrig[2]).

„Non possunt omnes articuli singelatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi“[3]) . . . Für nicht wenige prak-

---

[1]) Regelsberger in der zit. Festschrift S. 10.

[2]) Daß die Grenze zwischen „ausdehnender Interpretation“ und „Analogie“ nicht immer scharf gezogen werden kann, soll nicht verkannt werden. Je weitergehend man den Willen des Gesetzgebers annimmt, desto weitergehend wird man auch noch von ausdehnender Interpretation sprechen können. Die im Text gewählte scharfe Abgrenzung rechtfertigt sich aber aus der Natur der Aufgabe.

[3]) L. 12 D. de leg. 1,3.

tische Fälle findet sich in der großen Zahl der Gewohnheits- und Gesetzesrechtsätze keiner, dessen allgemeiner Tatbestand sich dem besonderen des zu beurteilenden Falles einordnete. Und das ist begreiflich, da jeder Versuch, die bestehenden Verhältnisse sämtlich mit Gesetzesparagraphen zu erfassen, vergeblich wäre[1]). Es ist daher zweifellos richtig, wenn die Summe der Einzelbestimmungen eines positiven Rechts einen bestimmten Tatbestand weder positiv noch negativ regelt — nachdem den Regeln der Auslegung der Einzelbestimmungen Genüge geschehen ist — von Lücken im Recht zu sprechen, wobei unter positivem Recht die Gesamtheit der zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Gebiet herrschenden Rechtsnormen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes zu verstehen ist. Damit aber erhebt sich die Frage, wie diese Lücken auszufüllen sind, da der Richter eine Entscheidung eines solchen Falles nicht verweigern darf. Julian äußert sich zu diesem Problem in der eben zitierten Quellenstelle fortfahrend: „.... sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui juris dictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.“ Darnach also soll der Richter die in einem anderen Rechtssatz enthaltene sententia auf den zur Entscheidung stehenden Fall entsprechend anwenden, sofern dieser dem durch den Rechtssatz geordneten Fall oder Tatbestand ähnlich ist, d. h. wenn er diesem inbezug auf seine rechtlich erheblichen Momente wesensgleich ist[2]). Somit aber hat der Richter aus dem gegebenen Rechtssatz eine allgemeine Norm abzuleiten, deren Tatbestand den geregelten wie den ungeregelten Fall umfaßt, und diese dann auf letzteren anzuwenden. Dies Verfahren heißt Analogie und es besteht, wie schon gesagt, darin, einen ausdrücklich nicht geregelten Tatbestand nach einem Rechtssatz zu beurteilen, der auf Grund des Gleichheitsprinzipes aus dem gegebenen Rechte erschlossen wurde[3]), oder wie man auch sagen kann, Analogiebildung ist Bildung aus den Prinzipien des Rechts heraus[4]) und zwar entweder aus den Prinzipien eines

---

[1]) Regelsberger, Pand. S. 155/56.

[2]) Regelsberger Pand. S. 158. A. M.: Thibaut und Wächter ebendort zitiert Anm. 10, die zur Analogie Gleichheit des Rechtsgrundes fordern.

[3]) Regelsberger, Pand. S. 157.

[4]) Kohler in JheringsJ. Bd. 25 S. 268.

Rechtssatzes (Gesetzesanalogie) oder mehrerer Rechtssätze, die im systematischen Zusammenhang ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen (Rechtsanalogie).

Die Analogie stellt sich danach als eine Fortbildung des Rechts im Sinne des Gesetzes über dessen Inhalt hinaus dar, sie schreitet über den Willen des Gesetzgebers hinaus[1]), indem sie an einen ausgelegten Rechtssatz anknüpft, und dessen Prinzip zum Objekt der Tätigkeit bei der Anwendung der Rechtsnormen macht.

Die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch Analogie ergibt sich für das heutige, wie für das römische Recht, soweit sie nicht durch einen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers wenigstens für die ihm bekannten und vorschwebenden Fälle ausgeschlossen ist — und dies ist der Fall, wenn der Gesetzgeber die enge Fassung des Rechtssatzes absichtlich wählte, sodaß dann also nur ein argumentum ex contrario sog. Umkehrschluß berechtigt ist — aus dem Gemeinwillen, der, wie auch in dem BGB. der Fall ist, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein braucht[2]).

In Anbetracht des zitierten Verbots singulärer Rechtssätze und zufolge des bei der Aufstellung singulärer Rechtssätze wegen ihrer Prinzipwidrigkeit besonders prägnant zum Ausdruck gebrachten gesetzgeberischen Willens hinsichtlich ihres Anwendungsgebietes, scheint es nun vielleicht, daß bezüglich dieser Rechtssätze ganz besonders die Voraussetzungen als vorliegend erachtet werden müssen, die zu dem Umkehrsschluß nicht nur berechtigen, sondern auch verpflichten. Das hieße aber nichts anderes, als daß eine analoge Anwendung des singulären Rechtssatzes nicht zulässig sei, da die Umkehrung die Negation der Analogie ist. Vielmehr hängt die Beantwortung der Frage, ob Analogie bei einem singulären Rechtssatz möglich ist oder nicht, lediglich davon ab, ob in dem singulären Rechtssatz ein Prinzip enthalten ist oder nicht, denn „Analogiebildung ist Prinzipbildung“, und der Umkehrschluß, der allgemein nur mit größter Vorsicht angewandt werden darf, würde höchstens im Falle der Prinziplosigkeit des singulären Rechtssatzes am Platze sein.

---

[1]) Daraus ergibt sich, daß die Anhänger der Erklärungstheorie bei der Auslegung den Unterschied zwischen ausdehnender Auslegung und Analogie konsequenterweise leugnen müssen (vgl. S. 25 oben).

[2]) Vgl. Enneccerus a. a. O. und RG. 24 S. 49 ff.

Das singuläre Recht ist prinzipwidrig — contra tenorem rationis introductum — inbezug auf das höhere Prinzip der allgemeinen Rechtssätze; es ist damit aber nicht gesagt, daß in dem singulären Rechtssatz kein Prinzip enthalten sein kann, m. a. W. daß der singuläre Rechtssatz generell prinziplos ist[1]). Ist ein solches als vorliegend zu erachten, dann steht der analogen Anwendung des singulären Rechtssatzes nichts im Wege entsprechend seinem Prinzip. Nur ist dabei zu beachten, daß das höhere Prinzip nach wie vor weiter besteht, und daß daher von **allgemeiner** analoger Anwendung des singulären Rechtssatzes nicht die Rede sein kann, sondern nur innerhalb seines engeren Prinzips, soweit er eins zeitigt. Dies erhellt ja auch schon daraus, daß die singulären Rechtssätze das höhere Prinzip nur für besonders geartete Fälle durchbrechen. Aus dem Bestehenbleiben des höheren Prinzips folgt aber auch, daß das Verhältnis dieses höheren Prinzips nicht nur zu dem zur Entscheidung stehenden Einzelfall, sondern möglichst zu allen Fällen, die von dem höheren Prinzip gedeckt werden, zu prüfen ist, das aber heißt, daß das höhere Prinzip nicht auf Kosten der Rechtssicherheit durch das engere Prinzip ausgeschaltet werden darf[2]). Ferner folgt aus dem Bestehenbleiben des höheren Prinzips, daß für den Fall, daß der singuläre Rechtssatz kein Prinzip enthält, nicht nur nicht von analoger Anwendung des singulären Rechtssatzes die Rede sein kann, sondern es wird auch nichts anderes übrig bleiben, als nunmehr auf das höhere Prinzip zur Entscheidung zurückzugreifen. Dies würde dann im Ergebnis der Anwendung des argumentum ex contrario gleichkommen.

Nun aber erhebt sich die Frage nach dem Prinzip eines singulären Rechtssatzes.

Bei der Betrachtung der Entstehung einer Rechtsnorm wird man häufig den äußeren Umstand, dem sie ihre Entstehung verdankt, speziell kennen. Es ist dies die occasio legis, die z. B. bei dem S. C. Macedonianum darin bestand, daß der von Wucherern bedrängte Haussohn Macedo seinen Vater erschlug. Diese äußere Veranlassung des Gesetzes hat natürlich mit dem inneren Prinzip

[1]) Vgl. hierzu Eisele a. a. O. betreffend die Bedeutung von „contra", ferner Kohler bei GrünhutsZ. Bd. 18 S. 55.

[2]) Rumpf IheringJ. Bd. 49 S. 402.

des Rechtssatzes nichts zu tun, und kann daher bei der Analogie keine Rolle spielen. Ferner hat auch die ratio legis, der Grund des Gesetzes, keinen Anspruch auf Beachtung bei der Analogie singulärer Rechtssätze, sofern man darunter die schon vorhandene höhere Rechtsregel versteht, deren konsequente Durchführung das gegenwärtige Gesetz herbeigeführt hat. Dieses würde ja dem Wesen des singulären Rechtssatzes, der entgegen der Regel des höheren Rechtssatzes sich durchgesetzt hat, widersprechen. Anders jedoch, soweit man unter dem Grunde des Gesetzes die Wirkung versteht, die durch das Gesetz hervorgebracht werden soll, so daß der Grund des Gesetzes auch als Zweck oder Absicht des Gesetzes bezeichnet werden kann. In diesem Fall ist der ratio legis so viel Gewicht bei der Analogie zuzubilligen, als sie zur Erschließung der ratio juris verwendet werden kann. Diese Bedeutung wird man aber, da gerade bei dem singulären Rechtssatz das, was in Zukunft erreicht werden soll, m. a. W. der Zweck vorherrschend ist, bei der Auffindung des Prinzips singulärer Rechtssätze nicht verkennen dürfen[1]). Ueber diesem Grunde des Rechtssatzes schwebt aber noch der höhere im Gesetz liegende Gedanke, der juristische Grund, oder der Grund der rechtlichen Disposition im Gesetz: die ratio juris[2]). Es ist dies jener allgemeine Grundgedanke, der die logische Konsequenz des Rechts im Gesetz zum Ausdruck bringt, ohne ausdrücklich genannt zu sein. Er gibt zusammen mit dem Zweck der Rechtsnorm das Prinzip ab, auf das sich die einschlägigen Rechtssätze zurückführen lassen, und das den einschlägigen Rechtssätzen des positiven Rechts innewohnt[3]).

Daraus folgt aber auch, daß das durch Verwendung der Prinzipien gefundene Recht gesetztes Recht ist[4]), das mittelbar über das erschlossene Prinzip gefunden wird, und daß man die Grenzen der Analogie überschreitet, sobald man Momente, welche außerhalb der in dem positiven Rechte enthaltenen Rechtsprinzipien liegen, berücksichtigt.

---

[1]) Vgl. cap. 26 X de sent. 2,28; L. 85 pr. D. r. j. 50,17.

[2]) Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilrechts S. 26 ff.

[3]) L. 32 D. de leg. 1,3. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus consuetudine inductun est; et si qua in re hoc deficeret tunc quod proximum et consequens ei est.

[4]) A. A.: Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 147 ff.

Der vorgenannte singuläre Rechtssatz L. 34 § 7 D. de contr. emt. verbot dem Tutor, Sachen seines Mündels zu kaufen. Für den Kurator war nichts dergleichen vorgeschrieben. Aus der zitierten Quellenstelle läßt sich aber das Prinzip herausschälen, das da lautet: Diejenige Person, die durch Lage der Verhältnisse gezwungen ist, ihre Geschäfte durch eine fremde Persönlichkeit führen zu lassen, muß besonders gegen Übervorteilungen geschützt werden, die ihr von jener Seite erwachsen können. Unbedenklich konnte daher dies Prinzip auf alle Fälle angewandt werden, bei denen es galt, Personen in gleicher Lage wie die Unmündigen gegen etwaige Übergriffe ihrer Vertreter zu schützen. Dies aber war bei den curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt der Fall.

Ebenso ergibt sich die analoge Anwendung der Haftung des fictus possessor, qui dolo desiit possidere, von der generalis in rem actio der hereditatis petitio auf die specialis in rem actio, der rei vindicatio. Die Konsequenz fordert dies, weil nach Meinung des Paulus die ratio juris nicht die besonderen Merkmale der hereditatis petitio, sondern die Eigenschaft der Dinglichkeit der Klage ist. „Ist dies aber der Grund der gesetzlichen Wirkung, so trifft er auch für die rei vindicatio zu[1]).“

Was die Ausdehnung des S. C. Vellejanum betrifft, so ist das Prinzip dieses Rechtssatzes, Frauen gegen Nachteile, die ihnen aus unbedachten Versprechungen zugunsten anderer erwachsen können, zu schützen. Dieser Grundgedanke konnte, da er ein Prinzip ist, unbedenklich auf alle von Frauen abgeschlossene Interzessionsgeschäfte ausgedehnt werden. Und so ist es denn auch im weitesten Umfange geschehen.

Und wenn die lex Julia de fundo dotali vom maritus auf den sponsus erstreckt wurde, d. h. auf praedia, die erst dotal werden sollten, so läßt sich der prinzipmäßige Zusammenhang mit der genannten lex Julia und dieser wiederum mit der des S. C. Vellejanum nicht verkennen. Durch letzteres ist aus dem ihm zugrunde liegenden Prinzip der Interzessionsbegriff im römischen Recht erwachsen, d. h. das ursprüngliche Recht unter Berufung auf das genannte S. C. die Leistung aus einem von einer Frau einge-

[1]) Vgl. Kierulff S. 30 a. a. O. Anm. **.
L. 27 § 3 D. de rei vind. 6,1.

gangenen Bürgschafts- oder Darlehnsvertrag — d. h. aus einem in fremdem Interesse eingegangenen Vertrage —, zu verweigern, wurde auch auf andere gleichartige Rechtsgeschäfte der Frau ausgedehnt, sei es auch, daß die Rechtshandlung der Frau nur in der Einwilligung zu einem Geschäftsabschluß über Dotalgegenstände bestand. Daß aber dieses Verbot der Interzession auch bei den Verlobten schon zur Anwendung kam, erscheint daher durchaus prinzipmäßig. Gerade das S. C. Vellejanum kann als Schulbeispiel dafür gelten, wie sich innerhalb des singulären Rechtssatzes ein neues Prinzip bildet, das einem höheren Prinzip — nämlich dem der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit der Frau oder der Verfügungsbefugnis des Ehemanns — widerstreitet, ohne dieses selbst zu beeinträchtigen, oder sich in Widerspruch mit den von diesem gedeckten Fällen zu setzen.

Was dann die Erweiterung der sogenannten Testamentsprivilegien der Soldaten im Felde auf Geiseln in Feindesland betrifft, so ist nicht einzusehen, warum sich nicht der Grundgedanke, allen Personen, welche sich im Felde befinden und daher die ordentliche Testamentsform nicht beobachten können, formloses Testieren zu gewähren, aus der genannten Bestimmung ableiten lassen soll. Hier wie dort trifft die eventuelle Unmöglichkeit der Formwahrung zu, und der Zweck des singulären Rechtssatzes, den in solcher Lage Befindlichen dennoch die Möglichkeit einer gültigen Testamentserrichtung zu geben, liegt hier wie dort vor.

So läßt sich also die Erweiterung singulärer Rechtssätze durch analoge Anwendung der in den singulären Rechtssätzen enthaltenen engeren Prinzipien erklären. Das Verbot des Paulus aber läßt sich sehr wohl dahin auslegen, daß singuläre Rechtssätze nur innerhalb ihres engeren Prinzips analoger Anwendung fähig sind. Die Lehre, daß das singuläre Recht nicht zur analogen Erweiterung tauge, ist daher nicht berechtigt und keine Denknotwendigkeit[1]).

Ferner ist aber daraus, daß der singuläre Rechtssatz ein Prinzip in dem geschilderten Umfange haben kann, nicht zu schließen, daß der Begriff eines solchen unfruchtbar ist, indem man ihn, weil er ein Prinzip enthält, gleich jedem anderen Rechtssatz einschätzt. Es

[1]) Wurzel, das juristische Denken, S. 76. Rumpf in IheringJ., Bd. 49, S. 399.

ist immer im Auge zu behalten, daß noch die höhere Rechtsregel und das in ihr enthaltene Prinzip dem des singulären Rechtssatzes übergeordnet bleibt. Nur soviel mag zugegeben werden, daß sich aus dem Prinzip eines singulären Rechtssatzes, im Laufe der Entwicklung, und zwar insonderheit durch Analogie, sehr wohl ein neuer Begriff, wie z. B. der Interzessionsbegriff im römischen Recht, und im heutigen Recht in gewisser Beziehung schon der Begriff der Gefährdungshaftung, entwickeln kann, und daß allmählich auch die singuläre Natur eines Rechtssatzes durch die Fortentwicklung schwinden kann.[1])

Es bedarf jedoch noch die Ansicht jener Schriftsteller einer kurzen Würdigung, welche die ausdehnende Auslegung singulärer Rechtsnormen aus der freieren Stellung der römischen Juristen gegenüber dem Recht erklären.

So richtig es sein mag, daß im römischen Recht die Stellung des praetor sowie der prudentes sich nicht auf die Rechtsanwendung beschränkt hat, sondern daß ihre Rechtsprechung auch als Mittel der Rechtserzeugung angesehen werden muß, gerade ein Blick auf die Entwicklung des römischen Rechts lehrt, mit welch großer Vorsicht diese Rechtserzeugung schrittweise von ihnen vorgenommen ist[2]). Dies zeigt der Umstand, daß bis zum corpus juris noch immer das Zwölf-Tafelgesetz als formelle Grundlage des gesamten römischen Rechts galt, das zeigt sich ferner darin, daß auch in späterer Zeit die juris prudentes bei ihren Entscheidungen möglichst von dem Gesetz ausgingen, und eine neue Rechtsregel, wo es nur anging, durch Auslegung der Gesetze zu gewinnen suchten.

Die Stellung der römischen Juristen gegenüber dem Gesetz charakterisiert Puchta[3]) bei seiner Lehre über die Auslegung richtig folgendermaßen:

„Wir pflegen uns unter Interpretation die Tätigkeit zu denken, welche darauf gerichtet ist, den Sinn eines Rechtssatzes, namentlich eines geschriebenen festzustellen, die Ermittelung des Willens seines Urhebers; also bei Gesetzen die Erforschung dessen, was der Gesetz-

---

[1]) Vgl. über die Relativität des Ausnahmerechts Rumpf eodem S. 400 Anm. 2, und ferner oben S. 9 und S. 13 Anm. 1.

[2]) Vgl. hierüber Sohm, Institutionen, S. 73 ff.

[3]) Puchta, Kursus der Institutionen 1853, Bd. 1 § 78 S. 316/17.

geber sich gedacht hat. Die Interpretatio aber, welche dem römischen Rechtskundigen zugeschrieben wird, hatte nicht ausschließlich diesen rezeptiven Charakter. Es liegt darin vielmehr die Aufgabe, das **übrige ungeschriebene** Recht dem geschriebenen anzufügen, dieses aus jenem zu ergänzen. Als Unterhändler zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem wirklichen Leben, hatten sie nicht bei dem wörtlichen Inhalt desselben und dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers stehen zu bleiben, sondern ihn den Bedürfnissen des Lebens anzupassen und so seine Anwendung zu vermitteln .... In diesem Sinne ist der Einfluß der prudentes auf das Recht als interpretatio legis duodecim tabularum zu bezeichnen, und insofern hielten sie sich bei der Auffassung des Rechts streng an dieses Gesetz."

Daraus folgt für die Stellung der römischen Juristen: Das Rechtsleben muß nach den zwölf Tafeln beurteilt werden, diese bedürfen der Auslegung, die aber nicht nur als deklarative, sondern auch als eine schöpferische Tätigkeit aufzufassen ist. Das aber heißt doch: in erster Linie kommt das Gesetz und erst in zweiter Linie das ungeschriebene Recht, das jus non scriptum in Betracht.

Was nun aber die Frage nach dem Begriff und Wesen dieses ungeschriebenen Rechts betrifft, so darf man sich dasselbe nicht als ein Recht vorstellen, das gleichsam über dem geschriebenen (positiven) Recht schwebt, und zu dem man nun hinaufgreift, sobald die positiven Rechtssätze keine oder doch keine befriedigende Antwort auf den zur Entscheidung stehenden Fall geben; denn einer solchen Vorstellung würde seine Ableitung durch Interpretation der Gesetze widersprechen. Jenes Recht ist vielmehr ein Recht, das innerhalb des Gesetzes steht und dieses beherrscht, ohne in ihm selbst besonders zum Ausdruck gekommen zu sein. In letzter Beziehung ist es den Rechtsprinzipien ähnlich. Während diese aber den Grund der rechtlichen Disposition im positiven Recht zum Ausdruck bringen, also mehr auf rein juristischem Gebiet liegen, und von dem juristischen Standpunkt aus hervorgezogen und betrachtet werden, liegt jenes Recht außerhalb dieses streng juristischen Gebietes in jener Sphäre, die dem Rechte in Gestalt von Billigkeit zugrunde liegt[1]), und wonach jenes billige

---

[1]) Vgl. Geza-Kiß in IheringsJ. 58 S. 423.

Recht — jus aequum — dasjenige Recht ist, in welchem jedes Moment der tatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet[1]). So führt denn die Anwendung jenes Rechts in Verbindung mit dem gesetzten Recht zu einer Entscheidung, wie sie der Gesetzgeber bei Kenntnis aller Tatumstände durch das positive Recht herbeigeführt haben würde.

In solcherlei Gestalt aber dient das ungeschriebene Recht dazu, die Lücken des Rechts auszufüllen, Lücken aber, die sich, da ein die Lücke ausfüllendes Prinzip aus dem positiven Recht (dem singulären Rechtssatz) nicht gefunden werden kann, auf das Rechtssystem beziehen. Lücken dieser Art im Recht gibt es heute noch ebenso, wie früher, und wird es immer geben, und es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Richter, ebenso wie früher die römischen Juristen, die Lücken ausfüllen muß, da er eine Entscheidung nicht verweigern kann. Und deshalb ist nun, wie auf der einen Seite das Bestreben ist, die Rechtssätze möglichst auf das ihnen zugrunde liegende Prinzip zur Ausfüllung von Gesetzeslücken zurückzuführen, auf der anderen Seite zur Ausfüllung der Systemlücken das Bestreben vorhanden, in der Sphäre jenes von den Römern jus non scriptum genannten Gebietes, einen festen Ausgangspunkt zu finden, von dem aus jene hier fragliche ungeschriebene Rechtsnorm zu erschließen ist. Man hat sich nicht begnügt, von jener Billigkeit der Römer im einzelnen Fall Gebrauch zu machen, oder auf eine Entscheidung „nach der Natur der Sache" zu verweisen, sondern man ist dem höchsten Grundgedanken des Rechts nachgegangen, um aus ihm gewisse Prinzipien für die Erschließung der ungeschriebenen Rechtsnorm zu finden. In dieser Beziehung sei nur besonders an die Werke von Stammler und Brütt[2]) erinnert. Über die Erfolge und den Wert dieser Bemühungen mag man geteilter Ansicht sein[3]), darüber aber kann kein Streit mehr herrschen, daß die Anwendung dieses besagten Rechtes auch dem heutigen Richter zusteht, weil es das Recht ist,

[1]) Windscheid, Pandekten I § 28.

[2]) Stammler, Wirtschaft und Recht, 1896 und die Lehre von dem richtigen Recht, 1902.
Brütt, Kunst der Rechtsanwendung, 1907. Vgl. aber auch Geza-Kiß a. a. O. und die dort Zitierten.

[3]) Enneccerus a. a. O.

von dem das positive Recht, das Gesetz, den Niederschlag bildet. Und ob man dies Recht jus non scriptum, oder „das richtige Recht" genannt hat, ob man von einer Entscheidung „nach der Natur der Sache" oder von einer solchen unter Zugrundelegung der teleologischen Betrachtungsweise redet, es sind dies alles nur verschiedene Ausdrücke für denselben vorschwebenden Begriff, dessen Verwertung bei der Entscheidung dem Richter zu römischen Zeiten wie auch jetzt zugebilligt werden muß[1]).

Insofern läßt sich also von einer freieren Stellung des römischen Juristen gegenüber dem Recht nicht mehr sprechen, und damit erledigt sich auch jene hierauf fußende Ansicht bezüglich der ausdehnenden Erweiterung singulärer Rechtssätze, soweit sie die besondere Stellung der römischen Juristen ins Treffen führt.

Die Fortentwicklung singulärer Rechtssätze überall zu unterbinden, das kann nun und nimmermehr die Absicht des römischen Juristen gewesen sein. Aber diese schrittweise nach echter römischer Art auf dem Boden des Rechtssystems geschehen zu lassen, namentlich mit Rücksicht auf die Prinzipwidrigkeit des jus singulare, das will eher das Verbot erklärlich erscheinen lassen. Eine Auffassung des Verbots dahin, daß die Analogie singulärer Rechtssätze nach ihrem engeren Prinzip nicht unter dasselbe fällt, entspricht daher einer gesunden Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung, und damit vermutlich auch dem Sinne des Paulus.

III. Die Rechtsprechung insbesondere des Reichsgerichts.

Das Ergebnis der vorhergehenden Untersuchung ist, daß die Analogie singulärer Rechtssätze entsprechend ihrem engeren Prinzip gestattet, und daß auch eine ausdehnende Auslegung singulärer Rechtssätze erlaubt ist.

Es ist gerade in jüngster Zeit das Schlagwort von der Weltfremdheit der Richter geprägt worden. Als Grund dieses dem

[1]) Vgl. über die gegenteilige Meinung die bei Regelsberger in der gen. Festschrift S. 11 Anm. 17 und S. 12 Zitierten.

Richter und damit der Rechtsprechung allgemein gemachten Vorwurfs wird man annehmen müssen, daß die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung mit der Entwicklung derjenigen Verhältnisse, mit denen die Rechtsprechung hauptsächlich zu tun hat, nämlich den wirtschaftlichen Verhältnissen, nicht gleichen Schritt gehalten hat, sodaß der Abstand zwischen Recht und Wirtschaft ein unverhältnismäßig großer geworden ist. Weit entfernt, diesen Vorwurf in vollem Umfange gelten und vor allem sich seinetwegen verleiten zu lassen, auf Kosten des Rechtssystems diesen Abstand wieder einholen zu wollen, wie das wohl von einigen geschieht — man denke an die Freirechtler —, kann man doch zugeben, daß gerade die Ablehnung der ausdehnenden Interpretation singulärer Rechtssätze und ihrer Analogie gemäß ihrem engeren Prinzip dazu beigetragen hat, daß der Abstand zwischen den wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen so groß geworden ist. Und dabei sind doch gerade die singulären Rechtssätze, die zumeist einem neu in die Erscheinung getretenen praktischen Bedürfnis ihre Entstehung verdanken, besonders für eine rechtliche Regelung jener Fälle geeignet, die auf dem Boden jener Verhältnisse fußen, anläßlich deren sich auch zum ersten Mal das praktische Bedürfnis für eine besondere Regelung des Einzelfalls bemerkbar gemacht hat.

Zwar ist von verschiedenen Seiten auch auf die Bedeutung der singulären Rechtssätze für die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung hingewiesen. So von Zitelmann[1]), indem er von der Lückenausfüllung schreibt: „Lückenausfüllung (bei den von ihm unecht genannten Lücken) bedeutet, daß der Richter eine allgemeine Regel für den durch die Lücke betroffenen Tatbestand durchbricht, und für sie einen neuen Rechtssatz meist in der Weiterbildung anderer schon vorhandener Sondersätze findet. Weit entfernt also, daß die Analogie, wie oft gelehrt wird, vor Ausnahmebestimmungen halt macht, greift sie vielmehr hauptsächlich bei ihnen Platz.“ Auch Brütt[2]) weist auf die Bedeutung der singulären Rechtssätze für die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung hin, indem er an drei singulären Rechtssätzen des BGB. §§ 701, 447, 645 den Wert der teleologischen

[1]) Zitelmann, Lücken im Recht, S. 24/25.
[2]) Brütt a. a. O. S. 80 und S. 146 ff.

Auslegungsmethode klar legt[1]). Auch Wolff[2]) betont dies, soweit das wirtschaftliche Moment als das Motiv, das den Gesetzgeber bei der Aufstellung der Sonderregel geleitet hat, im weiteren Umfange zutrifft. Ganz besonders aber hat Enneccerus[3]) in jüngster Zeit die Bedeutung des jus singulare für die Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtsprechung in den Vordergrund gerückt.

Aber trotzdem lehrt ein Blick auf die Rechtsprechung, daß die Lehre: singuläre Rechtssätze taugten überhaupt nicht zur analogen Anwendung oder dürften nicht ausgedehnt ausgelegt werden, der Praxis, wie man wohl gesagt hat, noch tief in den Knochen steckt[4]), das aber heißt, daß die Rechtsprechung hinsichtlich der Auslegung und Analogie singulärer Rechtssätze zum Schaden der vorgenannten Rechtsentwicklung schwankend ist. Zum Beweise hierfür mögen einige Entscheidungen des Reichsgerichts mitgeteilt sein, in denen diese schwankende Stellung zum Ausdruck kommt. Um einen vollen Überblick über die Stellung des Reichsgerichts zu der analogen Anwendung singulärer Rechtssätze zu erhalten, sei es aber gestattet, vorerst einige Entscheidungen des Reichsgerichts aus der Zeit vor

---

[1]) Die genannten Beispiele, die auch bei Zitelmann zu finden sind, behandeln folgende Fälle:

a) Ob die Haftung der Gastwirte auf Schlafwagenunternehmungen und andere Personenbeherbergungen zu Wasser und zu Lande auszudehnen ist,
b) ob die im § 447 BGB. angeordnete Abwälzung der Gefahr auch für Sendungen innerhalb desselben Ortes gilt,
c) ob entsprechend dem im § 645 BGB. genannten Falle, in dem der Besteller vor Abnahme des Werkes die Gefahr trägt, diese Gefahrtragung auch anzuwenden ist, wenn der Unfall sich nicht in der Betriebssphäre des Unternehmers ereignet hat, z. B. wenn ein Patient, der sich ein künstliches Gebiß herstellen läßt, plötzlich stirbt, oder die Villa, in welcher ein Teil der bestellten Fresken bereits gemalt ist, infolge Blitzschlags abbrennt.

Zu Fall a) äußerst streitig, vgl. Enneccerus a. a. O. I. 2 S. 478 und die dort Zitierten. Soweit aber das Prinzip des § 701 in Frage kommt, dürfte Brütt beizutreten sein.

Zu b): Vgl. übereinstimmend Soergel, Rechtsprechung 1900, 1901 zu BGB. § 447 b und die Mehrzahl der Schriftsteller.

Zu c): streitig. Vgl. Enneccerus a. a. O. I, 2 S. 432/33. Die Ausführungen von Brütt dürften auch, soweit das Prinzip in Frage kommt, nicht überzeugend sein.

[2]) Wolff, Sachenrecht, S. 157 ff.; Wolff, Der Bau auf fremden Boden, S. 92.

[3]) Enneccerus I 1, S. 100, 101 und die Anm. daselbst.

[4]) Rumpf, Gesetz und Richter.

dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, insonderheit zur Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechts mitzuteilen[1]).

Nach Nov. 4 Kap. 1 haftet der Bürge erst in zweiter Linie. Von dieser Regel tritt eine Ausnahme ein, wenn der Hauptschuldner abwesend ist, und der Bürge ihn nicht binnen einer vom Richter zu bestimmenden Frist stellen kann. Es fragt sich nun, ob diese Ausnahme auch dann eintritt, wenn der Hauptschuldner in Konkurs gefallen ist. Diese Frage wird vom RG. Bd. 4 S. 123 bejaht, indem mit Recht als Grund des singulären Rechtssatzes die im Falle der Abwesenheit eintretende Erschwerung der Rechtsverfolgung festgestellt wird, die im Falle des Konkurses gleichfalls vorhanden ist.

In demselben Bande (4) S. 129 ff. hat das RG. darüber zu entscheiden gehabt, ob die der Frau angedrohten poenae secundarum nuptiarum insbesondere Nov. 22 Kap. 46 § 2 auch für den Ehemann in gleicher Lage gelten. Das Gericht hat diese Frage verneint: „Auf dem Wege der Interpretation darf man zu einer solchen Auslegung nicht kommen, denn bei dem klaren Sinn des Gesetzes fehlt überhaupt der Anlaß zur Interpretation desselben. Aber auch der analogen Ausdehnung auf einen von dem Wortlaut nicht berührten Fall treten erhebliche Bedenken entgegen. Es handelt sich um eine lex specialis . . . . Wenn Justinian in Nov. 22 Kap. 46 das Erbrecht der Mutter unter bestimmten Voraussetzungen schmälert, so schafft er damit ein jus singulare, welches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen strikt interpretiert werden muß. Man kann nicht etwa sagen, daß die Anwendung des Gesetzes auf den Vater nur eine vom Gesetzgeber gelassene Lücke ausfüllt. Denn die Lücke würde sich nur in dem singulären Recht befinden, und deren Ausfüllung sich nicht als Ergänzung des gemeinen, sondern als eine unzulässige Fortbildung des singulären Rechts darstellen. Hier liegt aber zu einer derartigen analogen Ausdehnung des Gesetzes um so weniger Anlaß vor, als der gesetzgeberische Grund für die Beschränkung des Rechts der Mutter nicht gleichmäßig auf den Vater zutrifft. Die Gefahren, welche durch die zweite Ehe für die Kinder

[1]) Die folgende Abhandlung folgt fast durchweg den in der offiziellen Sammlung erschienenen Reichsgerichtsentscheidungen. Weitere einschlägige Entscheidungen sind bei Regelsberger in der zitierten Festschrift, und für die neuere Zeit bei Rumpf Gesetz und Richter und IheringsJ. 49 zu finden. Ferner auch in SeuffA. insbesondere z. B. Bd. 60 S. 5, S. 199, S. 285.

entstanden, gelten nach römischer Rechtsanschauung im Falle der Wiederverheiratung der Mutter für größer, als im Falle der Wiederverheiratung des Vaters. Überhaupt wurde die zweite Ehe der Frau von den Römern bis in die späteste Kaiserzeit ungünstiger beurteilt als diejenige des Mannes. Man erachtete es als eine Impietät gegen den verstorbenen Mann und für eine Lieblosigkeit gegen die Kinder, wenn die Frau den Witwenstuhl verrückte[1])."

In dem gleichen Bande (4) S. 142 ff. wird vom RG. die Frage erörtert, ob das Verbot einer Pfändung, einer Forderung gemäß der §§ 99 des Kurhessischen Staatsdienstgesetzes und 749, 850 Ziff. 7 ZPO. auch deren freiwillige Abtretung ausschließe, und ob ferner das Zessionsverbot des § 26 Pr. Ges. vom 26. März 1872 hinsichtlich der Pensionen unmittelbarer Staatsbeamter auf die Pensionen der Witwen analog ausgedehnt werden könne. Die Antwort lautet in beiden Fällen verneinend: „Die Übertragbarkeit einer Forderung ist als der generelle Begriff, das majus, aufzufassen; wird daher die zwangsweise Übertragung, d. i. die Pfändung ausgeschlossen, so ist nicht auch von selbst schon deren Abtretung überhaupt als verboten zu erachten, wenngleich nicht in Abrede gezogen werden kann, daß der legislatorische Grund, welcher für jene Ausschließung spricht, in manchen Fällen auch dieses Verbot empfiehlt, und in der Tat nicht selten eine gleichartige Behandlung in beiden Beziehungen herbeigeführt hat. .... Ferner kann ein Verbot auch der Zession nicht aus dem Gesetz .... gefolgert werden, da es sich nicht um die Pension eines Staatsbeamten, sondern der Witwe eines solchen handelt[2])."

Bezüglich des Prinzips der Vertragsfreiheit ist in §§ 186, 309, 341 der Pr. KO. vom 8. Mai 1855 eine singuläre Rechtsvorschrift enthalten, der zufolge beim Zwangsakkord es dem Gläubiger verboten ist, mit dem Gemeinschuldner Seperatabkommen abzuschließen. Es fragt sich, ob dieser singuläre Rechtssatz auf den Privatakkord Anwendung finden kann. Das Reichsgericht hat dies abgelehnt (vgl. auch Bd. 6 S. 228).

---

[1]) Vgl. RG. 4 S. 215, wo mit Recht die ausdehnende Auslegung der singulären Vorschrift § 79, II, 14 ALR. mit Rücksicht auf ihre Stellung in der Gesetzgebung abgelehnt wird.

[2]) Vgl. auch Bd. 21 S. 185 ff.

Im Bd. 8 S. 194 wird die Frage erörtert, ob das Verbot des Verkaufs einer Erbschaft eines noch lebenden Dritten im gemeinen Recht auf Vermächtnisse analog angewandt werden könne. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint: „Eine ausdehnende Interpretation des Gesetzes L. 30 cod. de pactis 2,3 in der Weise, daß es auch auf Vermächtnisse bezogen würde, läßt sich aber nicht rechtfertigen, da es sich um ein Spezialgesetz handelt, welches rein positiver Natur ist".

Im Bd. 4 S. 126 spricht es sich über den Grund der Nichtigkeit solcher Verträge folgendermaßen aus: „Der Grund des Verbotes des Verkaufs der Erbschaft eines noch lebenden Dritten liegt teils in der durch solche Verträge dem Dritten erwachsenden Gefahr der Lebensnachstellung, teils in der Beleidigung oder Impietät, welche die Disposition über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ohne dessen Zustimmung enthält."

In Bd. 15 S. 183 handelt es sich um die Anwendung der Wasserinterdikte auf den Fall der Entziehung des Mahlwassers einer Mühle. Das Reichsgericht schreibt in seiner Begründung: „Die Interdikte stellen den Gebrauch öffentlicher Sachen insbesondere auch öffentlicher Flüsse (D. lib. 43, Art. 12, 13, 14) unter einen für die damaligen Verkehrsbedürfnisse so umfassenden Schutz, daß man als das Prinzip desselben den allgemeinen Schutz des Gebrauchs öffentlicher Sachen bezeichnen, und sie daher auch zugunsten solcher Gebrauchsarten, welche erst in späterer Zeit üblich geworden sind, verwenden darf . . . .[1]" (Vgl. ferner RG. 16 S. 144, 21 S. 192.)

In Band 22 S. 196 steht die Frage zur Entscheidung, ob das Superficiarrecht der Privation wegen wiederholter Nichtzahlung des Grundzinses unterliegt. Das RG. lehnt dies ab: „Der entscheidende Grund liegt darin, daß ein so singuläres Institut — wie die Privation — nicht durch bloße Analogie von denjenigen Rechtsverhältnissen, für welche es ausdrücklich eingeführt ist, auf ein anderes Rechtsverhältnis ausgedehnt werden darf[2]), welches, wie die superficies einer-

[1]) Die Interdikte sind insofern als singulär aufzufassen, als sie das Recht des Gemeingebrauchs der im Gemeingebrauch stehenden Sachen für bestimmte Fälle durchbrechen (interdictum de aqua, de rivis, de fonte, de cloacis D. 43, 20—23).

[2]) Vgl. RG. 39 S. 385.

seits von der emphyteuse, andererseits von der gewöhnlichen Miete wesentlich verschieden ist." (Vgl. auch RG. 7 S. 145.)

In Bd. 22 S. 227 steht folgende Frage zur Entscheidung: Versagt die L. 14 § 2 cod. de comp. 4,31 die Kompensation nur gegen Forderungen aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes? Aus den Gründen: Der Berufungsrichter stellt fest, daß das Inkassomandat der Beklagten — auf Grund dessen die Beklagten eine Forderung der Klägerin eingetrieben hatten und gegen die sie jetzt mit eigenen Forderungen aufrechnen wollten — zurzeit der Eintreibung erloschen war, und versagt den Beklagten auf Grund der zitierten Gesetzesstelle das Recht, ihre Gegenansprüche gegen die Klagforderung aufzurechnen: „Der innere Grund und Zweck der zitierten Vorschrift treffe überhaupt zu, wenn das Interesse der Rechtsordnung und Rechtssicherheit die formelle Ausgleichung eines Unrechts mittels Restitution des unrechtmäßig gemachten Erwerbes erfordere. Es beruhe nicht auf einer unstatthaften Ausdehnung einer Ausnahmebestimmung, vielmehr auf richtiger Ergründung und erschöpfender Anwendung des in jenem Ausspruche gelegenen Willens des Gesetzgebers, wenn das Kompensationsrecht demjenigen versagt werde, welcher in der Absicht, auf dem Wege eigenmächtiger Selbsthilfe sich die Möglichkeit einer Aufrechnung erst zu verschaffen, sich durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz einer für einen anderen bestimmten Sache gesetzt habe und auf deren Herausgabe belangt werde." Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden: „Die zitierte Gesetzesstelle würde damit in der Tat auf Fälle ausgedehnt, welche sie ihrem Wortlaute nach nicht trifft, und der Rechtssatz, welchen der Berufungsrichter seiner Entscheidung zugrunde legt, ließe sich aus L. 14 § 2 nur herleiten, wenn diese ausgedehnt interpretiert werden könnte. Dem steht jedoch entgegen, daß es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, und daß die Annahme, es entspreche der fragliche Rechtssatz dem Willen des Gesetzgebers, um so weniger gerechtfertigt erscheint, als die L. 10 § 2 Dig. de comp. 16,2 die Kompensation Deliktsklagen (utputa ex causa furtiva) gegenüber für zulässig erklärt. In Theorie und Praxis ist denn auch der fragliche Rechtssatz keineswegs allgemein anerkannt." (Folgt Literaturausgabe.)

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung lese man Bd. 24 S. 49, 50,

in Beziehung auf den singulären Rechtssatz § 64 (57) KO., der eine Beschränkung für die Befriedigung absonderungsberechtigter Gläubiger aus der allgemeinen Konkursmasse, wenn diese Gläubiger von dem Absonderungsrecht Gebrauch gemacht haben, enthält, und der vom Reichsgericht für analog anwendbar erklärt wird, auf solche Fälle, in denen solchen Gläubigern zur Sicherheit für ihre Forderungen vom Gemeinschuldner eine Sache übereignet oder ein Recht übertragen ist, und zwar mit folgender Begründung: „Es ist Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifender Kraft betätigenden Judikatur, die nicht in einer allgemeinen Norm konzentrierten in dem Gesetz ausgesprochenen Grundprinzipien zu Tage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen, dem betreffenden Prinzip unterstehenden Fälle anzuwenden[1]).“

Aus diesen Entscheidungen aus der Zeit der gemeinrechtlichen Praxis insonderheit erhellt schon die schwankende Stellung des Reichsgerichts zu der Ausdehnung singulärer Rechtssätze. Nicht genug aber, sie offenbart sich auch ferner in der Zeit nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Indessen fehlt es in dieser Zeit auch nicht an Aussprüchen in den Entscheidungen, daß der Charakter der Singularität einer Vorschrift nicht ihre analoge Anwendung ausschließe.

In dieser Beziehung sei auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts bezüglich der §§ 738 BGB. und 142 HGB. hingewiesen[2]). Diese Vorschriften sind insofern singulär zu nennen, als im § 738 die Akkreszenz statuiert ist, und als in § 142 für den Fall einer nur aus zwei Mitgliedern bestehenden offenen Handelsgesellschaft besondere Normen aufgestellt sind, die dem einen Gesellschafter die Möglichkeit eröffnen, auf Grund eigner Entschließung **ohne Vereinbarung mit** dem andern Teil unter Ausschluß des andern Teils das Geschäft für sich zu behalten, ohne eine Liquidation herbeigeführt zu haben.

---

[1]) Vgl. hierzu RG. 33,48 und 35,80 und zu diesem Abschnitt noch RG. 10,290; 19,105; 1,255; 1,418.

[2]) Vgl. RG. 60 S. 155 und 65 S. 239, wo es heißt: „Daran, daß die analoge Anwendung des § 142 Abs. 3 nicht durch die Natur dieser Vorschrift als Ausnahmevorschrift ausgeschlossen wird, hält der Senat fest.“

Es fragt sich nun, ob und inwieweit die letztere Vorschrift auch auf den Fall der Vereinbarung zweier Gesellschafter, nach der der eine das Geschäft mit Aktiven und Passiven fortführt, der andere aber ausscheidet, Anwendung finden kann, und gleichzeitig, ob und inwieweit § 738 BGB. auf den § 142 Abs. 3 HGB. verweist, angewandt werden kann, d. h. ob es noch eines besonderen Übertragungsaktes von seiten des früheren Teilhabers bedarf, oder ob die in § 738 BGB. vorgeschriebene Akkreszenz Platz greift.

Das Reichsgericht äußert sich zu dieser Frage in J. W. 08 S. 450: „Wenn das HGB. (§ 142) den Grundsatz der Anteilsanwachsung (§ 738 BGB.) auf bestimmte Fälle der Geschäftsübernahme durch **einen** Gesellschafter für anwendbar erklärt, so ist nicht abzusehen, warum dieser Grundsatz nicht auch in den anderen Fällen der Geschäftsübernahme durch einen der bisherigen Gesellschafter, entsprechend den Fällen des **vereinbarten** Ausscheidens nach § 736 BGB. zur Anwendung kommen soll," und ferner ist die analoge Anwendung des § 738 BGB. auf Grund des § 142 HGB. geboten für das Verhältnis der früheren Gesellschafter zu einander, wenn der eine Gesellschafter durch Auseinandersetzungsvertrag die Aktiven und Passiven des Geschäfts übernommen hat, und der andere ausgeschieden ist (RG. 60 S. 155, 65 S. 239 mit Bezug auf letzte Anm. 2 oben).

Auch in den folgenden Entscheidungen zeigt sich noch die Zulässigkeit der Analogie singulärer Rechtssätze vertreten[1]).

In Bd. 80 S. 62 handelt es sich um die Frage, ob die Vermutung des § 1362 BGB. zugunsten des Gläubigers eines Ehemanns Platz greift, der sich zur Sicherstellung einer Forderung rechtsgeschäftlich von dem Ehemann ein dingliches Recht an einer im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen Sache hat einräumen lassen? Die Frage wird von dem Reichsgericht bejaht: „Der Berufungsrichter ist bei Beurteilung der Sachlage zu Unrecht davon ausgegangen, daß dem Kläger die Vermutung der Sondervorschrift des § 1362 nicht zugute komme . . . . da die Vermutung nicht etwa lediglich eingreift, wenn ein Gläubiger des Mannes unmittelbar im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung wegen

---

[1]) Vgl. auch ferner RG. 63 S. 57, 65 S. 405, 67 S. 86, 67 S. 386.

seiner Forderung aus bestimmten, im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen zu erlangen sucht, sondern auch dann, wenn der Mann einem Dritten als seinem Gläubiger zur Sicherstellung der Forderung an solchen unter den §§ 1362 fallenden Sachen auf rechtsgeschäftlichem Wege ein dingliches Recht eingeräumt hat. Macht in einem solchen Falle der Gläubiger ein ihm bestelltes Faustpfandrecht geltend, so kann kein berechtigter Zweifel bestehen, daß er dies in seiner Eigenschaft als Gläubiger tut, daß er als Gläubiger im Sinne des § 1362 zu betrachten ist. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Mann es vorzieht, statt ein Pfandrecht zu bestellen, eine Sicherungsübereignung an bestimmten, in seinem oder seiner Frau Besitze befindlichen Gegenständen zugunsten eines Gläubigers vorzunehmen, und wenn dieser dann auf Grund der Eigentumsübertragung unter Darlegung des Sachverhältnisses Herausgabe der Sachen fordert[1])."

In Bd. 71 S. 291 steht die Frage zur Verhandlung, ob ein schenkweise erteiltes Wechselakzept, das sich noch in Händen des Beschenkten befindet, nur ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 BGB. oder schon die Bewirkung der versprochenen Leistung bedeutet.

Bei dem Schuldanerkenntnis und Versprechen §§ 780,81 BGB.[2]) ist die Ausstellung der Urkunde schon eine Leistung nach § 812 BGB. Demnach würde die Hingabe eines solchen schon die Leistung des zu schenkenden Gegenstandes sein. Gleichwohl schreibt § 518 bezüglich des Schuldanerkenntnisses und Schuldversprechens die Wahrung der Form vor. § 518 stellt sich also insoweit als singulärer Rechtssatz dar, da hier die Leistung den Formmangel nicht heilt. Seine analoge Anwendung im Falle eines Wechsels ist aber geboten mit Rücksicht auf das Prinzip des § 518. Diese Ansicht bringt auch das Reichsgericht zum Ausdruck, indem es zu der oben genannten Frage schreibt: „Vor allem kommt in Betracht der Zweck des Gesetzes, den Schenkgeber vor Übereilung zu schützen bei Vermögenszuwendungen, die er nicht sofort als solche empfindet,

[1]) Vgl. Bd. 80 S. 286 bezüglich der Frage, ob § 2028 BGB. auf Miterben Anwendung findet. Die Frage ist vom RG. bejaht. Vgl. aber auch Bd. 8 S. 161.

[2]) Vgl. noch Bd. 78 S. 133.

und das hierfür gewählte Mittel, das nicht etwa in der bloßen Schriftform, sondern in der gerichtlichen und notariellen Beurkundung besteht. Auch bei Hingabe eines Wechsels, liegt zunächst nur ein Versprechen vor, das von vielen weniger als Vermögenseinbuße empfunden wird, als die Hingabe eines Wertgegenstandes. Die Wechselform aber bietet im allgemeinen keine größere Gewähr gegen Übereilung des Schenkgebers als jede andere Schriftform . . . . . Es ist unzulässig, aus § 518, Abs. 1 Satz 2 BGB. in seiner Beschränkung auf Geschäfte der in den §§ 780,81 bezeichneten Art, ohne weiteres ein argumentum e contrario für den Fall der Hingabe eines Wechsels zu entnehmen; denn nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sollte die Entscheidung dieses Falles der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben[1]."

Obwohl nun in den vorhergehenden Entscheidungen die Analogie singulärer Rechtssätze durchaus nicht abgelehnt ist, so finden sich doch auch wieder Entscheidungen, sogar in jüngster Zeit, in denen stark darauf hingewiesen ist, daß eine Analogie singulärer Rechtssätze ausgeschlossen sei, sodaß der Bd. 39 S. 385 getane Ausspruch: „Die gemeinrechtlichen Regeln für die Auslegung der Gesetze sind keine Rechtssätze höherer Ordnung, sondern nur wissenschaftliche Maxime, in einem besonderen Lichte erscheinen mag[2]."

Zugegeben mag werden, daß bisweilen allerdings eine Analogie singulärer Rechtssätze mangels eines Prinzips mit Recht abgelehnt ist, jedoch nur aus diesem Grunde und nicht wegen der Unzulässigkeit der Analogie singulärer Rechtssätze schlechthin. Aber gerade diese letztere Begründung ist es dann wieder, die sich in den Entscheidungen findet.

In dieser Beziehung sei erstlich die Entscheidung Bd. 60 S. 417 bezüglich der Sicherheitsleistung nach § 843 Abs. 2 BGB. erwähnt.

„Das BGB. kennt eine Verpflichtung des Schuldners für die Erfüllung bedingter oder betagter Verbindlichkeiten, dem Gläubiger Sicherheit zu leisten, im allgemeinen nicht. Der Gläubiger ist

---

[1]) Vgl. auch RG. 82 S. 383 bezüglich § 777 BGB.

[2]) Vgl. auch ferner noch Neumann, Die Rechtsprechung des RG. in Zivilsachen Bd. 2 S. 360 Anm. 2 zu § 1282 BGB. und daselbst S. 433, Anm. 4 zu § 1360/61 BGB.

Vgl. hierzu Bd. 41 S. 316: Ist jus singulare auch nach preuß. ALR. nicht analog anzuwenden?

vielmehr darauf angewiesen, gegen seinen Schuldner einen Arrest auszubringen, falls dessen Voraussetzungen vorliegen (§§ 916 ff. ZPO.) Nur in vereinzelten Fällen gibt das BGB. einen im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung, so insbesondere auch in dem Falle des § 843 BGB. Lediglich auf Grund dieser Vorschrift ist daher zu beurteilen, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch gerechtfertigt ist. Der Abs. 2 des § 843 BGB., der die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung behandelt, steht im engsten Zusammenhange mit Abs. 1; nur für die Erfüllung des hier dem Verletzten gegebenen Anspruchs kann Sicherheit verlangt und zugesprochen werden; eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf anders geartete Fälle ist **wegen ihrer singulären Natur ausgeschlossen.** Der Abs. 1 behandelt aber seinem Wortlaut und Sinne nach nur den Fall der **Entrichtung** einer Geldrente, den Fall, in dem eine solche gefordert und zuerkannt wird. Er darf daher nicht auf die Fälle angewendet werden, in welchen lediglich die **Feststellung der Verpflichtung** zur Zahlung einer Geldrente gefordert und ausgesprochen wird. Hiernach erweist sich der auf Sicherheitsleistung gerichtete Anspruch als unbegründet, sodaß unerörtert bleiben kann, ob, wenn eine Verurteilung zur Leistung einer Geldrente nur unter der Voraussetzung des Eintritts eines noch ungewissen Ereignisses ausgesprochen wird, damit eine Verurteilung zur Sicherheitsleistung verbunden werden darf[1]."

In Bd. 63 S. 230 fragt es sich, ob nach dem jetzt geltenden Rechte eine Grundschuld rechtswirksam in blanko abgetreten werden kann. Das Reichsgericht verneint diese Frage. Aus den Gründen: „Auszuscheiden für die anzustellende Untersuchung sind die Fälle, in denen eine Verpflichtung oder Übertragung rechtliche Wirkung lediglich durch das Hinschreiben eines Namens auf ein Blankett erhält, in denen es also der Ausfüllung des leeren Raums über der Namensschrift nicht bedarf, wenn das der Verpflichtung entsprechende Recht oder der Erwerb geltend gemacht werden soll. Jene Fälle beruhen auf **Ausnahmevorschriften** (vgl. z. B. § 365 HGB. Art. 12 WO.), **die auf andere Fälle nicht übertragen werden dürfen.** Wo das Gesetz Schriftform fordert, verlangt es der Regel nach eine

[1]) Vgl. RG. Bd. 60 S. 158 ff.

Namensunterschrift und damit einen Text, der durch die Unterschrift gedeckt werden soll (§ 126 BGB.[1])."

In derselben Weise, wenn auch abgeschwächter, spricht sich die Entscheidung Bd. 72 S. 277 bezüglich der ausdehnenden Auslegung eines singulären Rechtssatzes aus. Es handelt sich daselbst um die Frage, ob, abgesehen von § 1179 BGB. zur Sicherung des Anspruchs aus einer Verbindlichkeit, die der Grundstückseigentümer über eine möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld eingegangen ist, eine Vormerkung eingetragen werden darf. Das Reichsgericht verneint die Frage: „§ 1179 stellt sich als eine Ausnahmevorschrift dar, die vielleicht in Fällen, die als eine teilweise Löschung aufgefaßt werden können, wie bei dem Rangrücktritt der Eigentümergrundschuld, Anwendung finden kann; einer analogen Ausdehnung auf andere Verfügungen über die Eigentümergrundschuld, insbesondere auf Übertragung, ist sie nicht fähig. (Vgl. auch RG. 75 S. 245.)

Lehrreich inbezug auf die schwankende Stellung des Reichsgerichts zur Analogie singulärer Rechtssätze sind aber insbesondere die folgenden drei Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes betreffend die singuläre Vorschrift des § 840 Abs. 3 BGB.

1. Bd. 53 S. 114: Findet die Bestimmung in § 840 Abs. 3 BGB. in jedem Falle, wo für den in Frage kommenden Schaden neben dem nach den §§ 833—38 BGB. zu dessen Ersatz Verpflichteten ein Dritter verantwortlich ist, oder nur dann Anwendung, wenn der Dritte aus einer unerlaubten Handlung haftbar ist? Aus den Gründen:

„Aus dem inneren Zusammenhang, in welchem die einzelnen Absätze des § 840 zu einander stehen, muß entnommen werden, daß das Gesetz im zweiten und dritten Absatz den nämlichen Tatbestand im Auge hat, wie im ersten Absatz, also nach dessen klaren Wortlaut, daß mehrere für aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden neben einander verantwortlich sind." Das Reichsgericht prüft darauf die Frage, ob die Haftung des Eisenbahnunternehmers

[1]) Vgl. Bd. 76 S. 153 „Daß die Vorschrift in § 320 Abs. 2 keine Sondervorschrift und keine Ausnahme bilden soll, deren ausdehnende Anwendung unstatthaft wäre, vielmehr nur den allgemeinen Gedanken der Beobachtung von Treu und Glauben . . . . aussprechen will."

aus dem Haftpflichtgesetze im Sinne von § 840 BGB. als eine solche aus unerlaubter Handlung anzusehen sei und bejaht dies: .... „Soviel ist zweifellos, daß die weitgehende Haftung dem Unternehmer auferlegt ist, weil er zu seinen Zwecken Einrichtungen unterhält, durch die anderen eine besondere Gefahr erwächst, und es deshalb als der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechend erachtet worden ist, ihn für die Folgen dieser Gefährlichkeit von den im Gesetz hervorgehobenen Ausnahmefällen (eigenes Verschulden des Beschädigten oder höhere Gewalt) haftbar zu machen. Dies aber genügt, seine Haftpflicht als solche aus einer unerlaubten Handlung in dem weiteren Sinne, der damit in § 840 verknüpft ist, erscheinen zu lassen. Denn bei der Haftung des Tierhalters und des Jagdberechtigten, die das Gesetz in § 840 zweifellos mit zu den Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen rechnet, handelt es sich ebenfalls um Verpflichtungen, die nach dem allgemeinen Rechtssprachgebrauch lediglich Legalobligationen sind und auf gleichen oder ähnlichen Billigkeitserwägungen beruhen, wie die Haftung des Eisenbahnunternehmers, der Charakter der eigentlichen Deliktsobligation tritt hier sogar noch weiter zurück, da dem Tierhalter und dem Jagdberechtigten nicht einmal der Einwand, daß der Schade auf höhere Gewalt zurückzuführen sei, nachgelassen ist.

Bei der Allgemeinheit der in § 840 Abs. 3 gewählten Fassung erscheint es aber **nicht statthaft,** die darin getroffene Bestimmung auf das Verhältnis der aus §§ 833—38 verantwortlichen Personen zu anderen, die aus einem in dem 25. Titel geregelten Grunde gleichfalls für den Schaden aufzukommen haben, zu **beschränken.** Auch sonst liegt kein Grund vor, der eine solche Annahme rechtfertigte.“ Das Ergebnis der Entscheidung ist darnach: Ist neben demjenigen, welcher nach §§ 833—38 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden aus dem Haftpflichtgesetz verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zu einander der Dritte allein verpflichtet.

2. Bd. 58 S. 337: Wie stellt sich das Verhältnis der für einen entstandenen Schaden verantwortlichen mehreren Personen zu einander, wenn die eine nach § 833 BGB., die andere nach § 1 des Haftpflichtgesetzes zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist? § 840 Abs. 3 BGB. Muß man dem nach § 1 Haftenden das gleiche Vor-

recht zugestehen, wie anderen, die ohne eigenes Verschulden ersatzpflichtig sind, also den Absatz 3 dahin auslegen, daß seine Vorschrift, die ausdrücklich nur für die Fälle der §§ 833—38 gegeben ist, auch auf den gleichartigen Fall des § 1 des Haftpflichtgesetzes anwendbar ist? Das Reichsgesetz äußert sich hierzu folgendermaßen: „Der Anwendung einer im BGB. ausgesprochenen allgemeinen Rechtsregel auf das neben ihm in Kraft gebliebene Haftpflichtgesetz steht allerdings ein grundsätzliches Bedenken nicht entgegen, wie das vom Reichsgericht bezüglich des § 254 BGB. bereits anerkannt worden ist. Aber der Abs. 3 § 840 BGB. enthält nicht einen allgemeinen Rechtssatz und die dort ausdrücklich angeführten Fälle sind nicht nur als die Regelfälle seiner Anwendung hingestellt. Das ergibt sich daraus, daß die Fälle der §§ 833—38 keineswegs unter sich gleichartig sind. Neben Bestimmungen, die eine reine Kausalhaftung begründen, stehen andere, wo gegenüber der gesetzlichen Vermutung eines Verschuldens Entlastungsbeweise nach der einen oder anderen Richtung zugelassen werden. Diese Verschiedenheiten **machen es untunlich, in der für bestimmte Tatbestände getroffenen Vorschrift eine allgemeine Rechtsregel, und nicht eine Ausnahmebestimmung zu finden, die als solche eine analoge Ausdehnung auf ähnliche Fälle nicht zuläßt.** Es kommt für den § 1 des Haftpflichtgesetzes noch hinzu, daß dieser, sowohl was den Umfang der Ersatzpflicht anlangt, als auch bezüglich der Gründe für deren Ausschließung gegenüber den Fällen der §§ 833—38 eine Sonderstellung einnimmt, die es erklärlich macht, daß bei der Anpassung des Haftpflichtgesetzes an das BGB. durch Art. 42 E. die Vorschrift des § 840 Abs. 3 unberücksichtigt geblieben ist[1])[2])."

3. Bd. 71 S. 7 ff.: „§ 840 Abs. 3 bestimmt, daß, wenn neben den nach §§ 833—38 BGB. zum Ersatz des Schadens Verpflichteten ein Dritter für den Schaden verantwortlich ist, in ihrem Verhältnis zu einander der Dritte allein verpflichtet ist.

Diese Vorschrift regelt allerdings zunächst die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner, die aus einer unerlaubten Handlung neben einander dem Verletzten haften. Vgl. Bd. 53 S. 114.

---

[1]) Vgl. Bd. 60 S. 305.
[2]) Vgl. Bd. 53 S. 121.

Sie findet aber schon nach ihrem Wortlaut unbedenklich auch dann Anwendung, wenn der Dritte, der von dem Beschädigten für den Schaden verantwortlich gemacht wird, seinerseits vom Beschädigten begehrt, daß er einen Teil des Schadens auf sich nehme, weil er nach §§ 833—38 ersatzpflichtig sei. Denn auch dann handelt es sich um das Verhältnis der beiden zu einander, wie es § 840 Abs. 3 im Auge hat. (Vgl. RG. 58 S. 335.)

Die Regel, daß die Gesamtschuldner im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen verpflichtet sind, ist aus Billigkeitsgründen, entsprechend der Lage der in Betracht kommenden Verhältnisse durchbrochen worden: Nach innen gilt derjenige, der die schädigende Handlung verübt hat, als allein verpflichtet (Mot. S. 737).

Der Rechtsgedanke, der sich in § 840 Abs. 2 und 3 ausprägt, führt ganz besonders in den Fällen, wo auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen Haftung auf Verschulden vorliegt, dazu, den Urheber der schuldhaften Handlung den Schaden, für den er verantwortlich ist, allein tragen zu lassen." Darnach wird die Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB. **nach Analogie von § 840 Abs. 3** abgelehnt, wenn bei der Entstehung des durch Verschulden eines anderen verursachten Schadens ein Tier mitgewirkt hat, dessen Halter der Beschädigte ist.

Hiernach gestattet das Reichsgericht eine Analogie des § 840 Abs. 3 in den Entscheidungen 1 und 3, während in der zweiten Entscheidung in einer anderen Frage die analoge Anwendung wegen der Singularität der Vorschrift abgelehnt wird.

Wenn gleich diese Entscheidungen sich in ihrem Ergebnis werden rechtfertigen lassen, weil nach dem Grunde der Vorschrift des § 840 Abs. 3 man sehr wohl annehmen kann, daß eine analoge Anwendung nach der einen Richtung zulässig, nach einer andern unzulässig sei, so dürfte doch ohne weiteres einleuchten, daß die Ablehnung der Analogie in dem Falle 2 nicht auf die (vermeintliche) Unzulässigkeit der analogen Anwendung singulärer Rechtssätze gestützt werden konnte, da die analoge Anwendung sonst auch in den Entscheidungen 1 und 3 hätte abgelehnt werden müssen.

Auch die folgenden Entscheidungen betreffend den § 829 BGB. lassen eine nicht konsequente Behandlung unserer Frage erkennen.

Zurechnungsunfähige Personen haften für den durch ihre rechts-

widrigen Handlungen angerichteten Schaden, wenn die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung fordert (§ 829). Die Haftung von § 829 setzt eine Handlung voraus, die bei Zurechnungsfähigkeit begangen, den Tatbestand einer unter §§ 823—26 fallenden unerlaubten Handlung darstellen würde. Eine analoge Ausdehnung wird für unzulässig gehalten, aber für § 830 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahme gemacht. In JW. Bd. 10 S. 810 steht die Frage zur Verhandlung, ob § 829 auch im Falle von § 830 Abs. 1 Satz 2 anwendbar ist. Das Reichsgericht äußert sich dazu folgendermaßen: „Dem Kläger ist allerdings darin recht zu geben, daß die Ansicht des OLG., wonach § 829 in den Fällen des § 830 Abs. 1 Satz 2 unanwendbar sein soll, nicht gebilligt werden kann. Aus der ausdrücklichen Nennung der in den §§ 823—26 bezeichneten Fälle in § 829 wird zwar mit Recht gefolgert, daß dieser auf andere Arten unerlaubter Handlungen (z. B. §§ 831, 836, 839) nicht analog anzuwenden sein, aber bei § 830 stehen zunächst gerade die ersteren Fälle in Frage, und wenn es auch richtig sein mag, daß streng genommen jener Satz 2 eine ganz besondere Art von unerlaubter Handlung einführt, so ist doch die Meinung des Gesetzes offenbar die, daß dieser Fall gleichartig mit dem des Satzes 1 gelten soll.[1])"

Es muß aber auch unter gleichen Umständen in Betracht kommen können, daß ein Kind oder Geisteskranker, der unter gewissen Umständen für eine einem anderen zugefügte Schädigung haftet, einen sich selbst zugefügten Schaden mit verursacht hat (§ 254 BGB). Die Stellung des Reichsgerichts zu dieser Frage geht aus folgenden Entscheidungen hervor[2]): 1. JW. 03 S. 122 Nr. 270: Die Vorschrift des § 829 BGB. enthält nicht ein allgemeines Prinzip, welches sich auf den § 254 BGB. entsprechend anwenden ließe, sie ist vielmehr eine besondere Vorschrift für genau bestimmte Fälle. Sie bezieht sich nur auf die Ersatzpflicht der nach §§ 827, 828 nicht verantwortlichen Personen wegen eines von ihnen Dritten zugefügten Schadens. In Abweichung von dem sonst festgehaltenen Verschuldensprinzip ist hiermit, zufolge der von der zweiten Kommission

[1]) Vgl. hierzu RG. 67 S. 261. Keine analoge Anwendung der Sondervorschrift § 830 Abs. 1 Satz 2 bei Anfechtung wegen Betruges.

[2]) Vgl. auch RG. 59 S. 222.

gefaßten Beschlüsse . . vom Gesetzgeber aus Billigkeitsrücksichten ein Ersatzanspruch in bestimmten Grenzen gewährt worden. Nirgends tritt . . . . die Meinung oder Absicht hervor, daß die in § 829 statuierte Ausnahme von dem Verschuldensprinzip über den Bereich der schädigenden Eingriffe in fremde Rechtssphären hinaus auch für den Fall des § 254 BGB. gelten sollte. Der § 829 in seiner jetzigen Gestalt beschränkt sodann die Ersatzpflicht auf die in §§ 823, 24, 25, 26 BGB. bezeichneten unerlaubten Handlungen. Bei dem singulären Charakter der Vorschrift erscheint eine analoge Anwendung auf weitere Fälle nicht als zulässig, keinesfalls ist eine solche angängig hinsichtlich § 254. Es wäre auch gar nicht abzusehen, in welcher Weise sich die in § 829 vorgesehenen Maßgaben und Einschränkungen der Schadensersatzleistung auf die Fälle des § 254 BGB. übertragen oder mit den Vorschriften des letzteren kombinieren ließen. Notwendig hätte eine dahingehende Bestimmung ausdrücklich getroffen werden müssen."

2. Andererseits äußert sich das Reichsgericht in JW. 06 S. 55 zu der gleichen Frage folgendermaßen: . . . . „Es mag die Frage offen bleiben, ob nicht der § 829 BGB. sich mit dem Grundsatze des § 254 in Verbindung setzen ließe, und dadurch eine etwaige Unbilligkeit ausgeglichen werden könnte."

Die folgenden Entscheidungen charakterisieren sich dadurch, daß unter Umgehung der Analogie singulärer Rechtssätze und durch Heranziehung allgemeiner Rechtssätze und Begründung auf diese eine Entscheidung gefunden ist, die im Ergebnis hinsichtlich ihrer Begründung der durch Analogie singulärer Rechtssätze gefundenen gleich oder doch sehr ähnlich ist, sie zeigen sozusagen eine gewisse Scheu vor der Analogie singulärer Rechtssätze, allerdings bisweilen auch unter Beeinträchtigung des Ergebnisses[1]).

In Bd. 80 S. 128 handelt es sich um die Frage, ob bei einem Werkvertrage der Besteller zu den dem Dienstberechtigten im Dienstvertrag auferlegten Schutzmaßregeln verpflichtet ist (§ 618 BGB). Das Reichsgericht läßt sich folgendermaßen aus: „Der Zweifel, ob der zwischen den Streitteilen geschlossene Vertrag ein Dienstvertrag oder Werkvertrag war, bedarf der Entscheidung nicht. Nach dem

---

[1]) Vgl. S. 64 ff. unten.

Inhalte des Vertrages hatte die Beklagte Räume und Vorrichtungen zu beschaffen. Lag ein Dienstvertrag vor, so ergab sich daraus nach § 618 BGB. für sie ohne weiteres die Verpflichtung, sie so zu unterhalten, daß der Kläger ohne Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt war, als die Natur der Dienstleistung gestattete. Das Berufungsgericht will die Gesetzesbestimmung § 618 entsprechend angewendet wissen, wenn der Vertrag als Werkvertrag angesehen werden müßte .... Ob die Frage vom Berufungsgericht richtig gefaßt und entschieden ist, kann dahingestellt bleiben. Das angeführte Urteil Bd. 63 S. 55 spricht nicht unmittelbar dagegen. Wenn nach dem Werkvertrag der Besteller Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen hat, so ergibt eine die Regel des § 242 BGB. beachtende Auslegung des Vertrages von selber, daß dies, auch wenn die Vorschrift des § 618 für den Dienstvertrag gar nicht gegeben wäre, so zu geschehen hat, daß Leben und Gesundheit des Unternehmers soweit geschützt sind, als die Natur der Vertragsleistung es zuläßt. Verletzung dieser Verpflichtung verbindet, wenn sie schuldhaft erfolgt, zum Schadensersatz, beim Dienstvertrag nach besonderer Vorschrift des § 618, beim Werkvertrag auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 276 BGB. ... Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich darnach, auch wenn den Ausführungen über entsprechende Anwendbarkeit des § 618 nicht beizupflichten sein sollte, als richtig dar."

Dem ist gewiß beizupflichten; allein im Gegensatz zu diesen Ausführungen lautet eine Entscheidung in Bd. 63 S. 55, soweit sie hier interessiert, folgendermaßen: „Freilich sind die Vorschriften der §§ 616—618 dem Bestreben entsprungen, im Interesse der wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer die Vertragspflichten der Arbeitgeber zu erweitern. Aber sie haben den Charakter positiver Sonderbestimmungen, was bei §§ 617, 618 darin erkennbar hervortritt, daß sie durch § 619 zu zwingendem Recht gemacht sind. Sie lassen sich daher nicht als Zeugnisse für das Bestehen eines allgemeinen, wenngleich nur in Einzelfällen ausdrücklich ausgesprochenen Rechtssatzes auffassen." (Vgl. Bd. 58 S. 135.)

Bd. 59 S. 177: „Steht für die Anwendung des § 573 BGB. eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung und Überweisung der auf die Zeit der Berechtigung des neuen Erwerbers

eines vermieteten Grundstücks fallenden Mietzinsen einer von dem Vermieter und Veräußerer selbst ausgegangenen Verfügung für den Mietzins gleich?" Das RG. bejaht die Frage, und zwar auch wieder sozusagen mit Umgehung der Analogie des singulären Rechtssatzes. Der hierher gehörige Teil der Entscheidungen lautet: „In der . . . . Beziehung kommt nun zunächst der Inhalt des § 573 im allgemeinen und namentlich sein angeblicher Charakter als Ausnahmebestimmung im Verhältnisse zu dem Grundsatze des § 571 in Frage . . . . Die Regelung in § 573 ist lediglich nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit erfolgt . . . . Immerhin aber enthält diese Vorschrift, soweit sie die Verfügungen des Vermieters über den Mietzins, von denen sich demnächst ergibt, daß sie in die Zeit der Berechtigung des neuen Erwerbers des Grundstücks fallen, auch diesem gegenüber für wirksam erklärt, insbesondere aber die Bestimmung, daß solche Verfügungen der Erwerber zeitlich unbeschränkt gegen sich gelten lassen muß, wenn er sie zurzeit des Übergangs des Eigentums gekannt hat, nur eine Rückkehr zu dem allgemeinen Grundsatze der Freiheit des Vermieters eines Grundstücks, über die Mietzinsforderungen aus den von ihm abgeschlossenen Mietverträgen auch schon im voraus verfügen zu können.

Gleichwohl braucht dieser Bedeutung des § 573, wonach der ausdehnenden Auslegung der Vorschrift jedenfalls nicht ihr behaupteter Charakter als Ausnahmebestimmung entgegensteht, kein entscheidendes Gewicht beigelegt zu werden. Denn in jedem Falle sprechen **Grund und Zweck** des Gesetzes mit Deutlichkeit dafür, daß unter den Verfügungen des Vermieters über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers fallenden Mietzins, auf die sich der § 573 bezieht, auch diejenigen Verfügungen verstanden werden sollen, die darüber im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Rechte des Vermieters getroffen werden[1])."

Diese Scheu vor der Analogie singulärer Rechtssätze zeigt sich bedauerlicherweise auch in den Entscheidungen betreffend die ausdehnende Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB.

Bd. 73 S. 137 sagt das Reichsgericht bei der Prüfung der Frage, ob die Annahme an Zahlungsstatt einer von dem Annehmenden

[1]) Vgl. RG. 58 S. 181, 64 S. 418.

für sicher gehaltenen Hypothek aus dem Grunde angefochten werden kann, weil die Hypothek in Wirklichkeit unsicher war, folgendes: „Das Forderungsrecht oder die Hypothek kann nicht als eine Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 gelten; denn im § 90 BGB. ist ganz unzweideutig gesagt, daß Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind. Demgegenüber ist die vereinzelt vertretene Meinung, daß im § 119 Abs. 2 unter Sachen auch unkörperliche Gegenstände, insbesondere Rechte verstanden seien, nach der Ansicht des Senats abwegig. Höchstens könnte es sich fragen, ob die Bestimmung des § 119 Abs. 2 auf Rechte entsprechend anzuwenden sei. (Vgl. Oertmann, Allg. Teil BGB. Bem. 4c zu § 119 und die dort Zitierten.) Aber auch das würde offenbar nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, da ja sonst nichts näher gelegen hätte, als statt „oder der Sache" zu sagen „oder des Gegenstandes"; es würde auch die singuläre Natur der Bestimmung in Abs. 2 einer solchen analogen Anwendung im Wege stehen. . . . . Das Reichsgericht hat schon mehrmals die Ausdehnung der Anfechtung aus § 119 Abs. 2 auf unkörperliche Gegenstände abgelehnt." (Folgt Angabe der bezüglichen Entscheidung).

In Bd. 75 S. 271: Bei der Prüfung der Frage, ob es ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung ist, wenn der Bürge bei der Bürgschaftsleistung irrtümlich angenommen hat, daß dem Gläubiger vom Hauptschuldner ein Forderungspfandrecht bestellt worden sei, läßt das Reichsgericht die Frage einer analogen Anwendung des § 119 Abs. 2 ausdrücklich dahingestellt und hilft sich, indem es einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung für vorliegend erachtet. Ein solcher liegt nun nicht vor. Denn Wille und Erklärung bezogen sich in beiden Fällen auf dasselbe Schuldverhältnis. Immerhin ist das Ergebnis zu begrüßen, nur hätte es sich ungezwungener durch eine ausdehnende Auslegung oder entsprechende Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB. ergeben[1]). Für die Zulässigkeit jener spricht die Entstehungsgeschichte des Rechtssatzes, für die analoge Anwendung sprechen „die Bedürfnisse des Verkehrs, die Billigkeit und die neuere Rechtsentwicklung. Ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung zwischen den Eigenschaften des

---

[1]) Vgl. in dieser Beziehung Bd. 51 S. 283, Bd. 62 S. 201.

Geschäftsgegenstandes, je nachdem dieser eine körperliche Sache ist oder nicht, ist nirgends zu erkennen“ (vgl. OLG. E. 10 S. 135). In der Tat kann es für die Irrtumsanfechtung keinen Unterschied machen, ob der verkaufte Gegenstand, über dessen Eigenschaften man sich irrte, ein Haus, ein Handelsgeschäft oder eine Forderung ist[1]). Auch bei Rechten muß man daher die Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 zugestehen.

Unter demselben Gesichtspunkt sei dann noch folgende Entscheidung mitgeteilt (RG. Bd. 65 S. 175) über die Frage, ob der Schiedsrichter bei seiner Spruchtätigkeit nach dem BGB. für Fahrlässigkeit haftet. Das Reichsgericht läßt sich folgendermaßen darüber aus: „Die Vorschrift des § 839 Abs. 2 BGB., welche die Haftung des Beamten, der bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, auf den Fall vorsätzlicher Verletzung der Pflicht beschränkt, erstreckt sich nicht auf den Schiedsrichter, dem die Eigenschaft des Beamten fehlt. Ihre analoge Ausdehnung auf den Schiedsrichter erscheint gleichfalls nicht zulässig; ist er auch zu der gleichen Tätigkeit berufen, die der Staatsrichter wahrzunehmen hat, und ebenso in strafrechtlicher Beziehung diesem gleichgestellt, so steht solcher Ausdehnung doch ihr Wesen als Sondervorschrift entgegen, die zwecks Sicherung der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte getroffen, auf einem Prinzip beruht, daß bei Ausrichtung der schiedsrichterlichen Funktion nicht zutrifft. Gleichwohl ist die Folgerung, die den Beklagten der Haftung wegen fahrlässiger Verletzung seiner Vertragspflicht enthebt, nicht abzulehnen. Der Schiedsrichter, dem die Streitteile die Entscheidung ihres Rechtsstreits anvertraut, dem sie gegen sich die Stellung des ordentlichen Richters ohne weiteren Vorbehalt geboten haben, ist bei Ausrichtung seiner Tätigkeit, zu der Voraussetzung berechtigt, daß er für seinen Schiedsspruch nicht über die Grenzen hinaus verantwortlich gemacht werde, die der Verantwortlichkeit des Staatsrichters gesetzlich gestellt sind. Die Streitteile, welche die Berechtigung solcher Voraussetzung füglich nicht verkennen können, müssen die Folgerung gegen sich gelten lassen, daß sie, wenn sie

---

[1]) Vgl. Enneccerus a. a. O. I, S. 421 Anm. 20. Ferner Komm. v. RGR. zu § 119 Bem. 5.

den Schiedsrichter ohne Vorbehalt bestellen, stillschweigend in die beschränkte Haftung ihrerseits einwilligen und durch den Vertrag mit ihm seine Vertretungspflicht in Abweichung von obgedachter allgemeiner Rechtsregel bestimmen."

Danach hilft sich das Reichsgericht durch die Annahme eines stillschweigenden Vertrages unter den Parteien über die schwächere Haftung des Schiedsrichters, um diesem die Rechtswohltat des § 839 Abs. 2 zugute kommen zu lassen. Diese Annahme eines stillschweigenden Vertrages dürfte aber in dem Willen der Parteien keinen Boden haben. Denn eine Parteivereinbarung, welche die Rechtsbeziehungen der Parteien nicht unter dem allgemeinen Rechtsprinzip der Haftung für Fahrlässigkeit (culpa levis) regelt, wäre, falls sie von den Parteien gewollt wäre, von diesen ausdrücklich vereinbart, und sie hätte auch mit Rücksicht auf ihre Prinzipwidrigkeit besonders hervorgehoben werden müssen, um Vertragsgegenstand zu werden.

Somit wäre aber nichts anderes übrig geblieben, um das Ergebnis nicht in Frage zu stellen, als § 839 Abs. 2 analog anzuwenden. Dazu hätte aber auch das Prinzip dieses singulären Rechtssatzes, welches darin besteht, dem Rechtsprechenden seine innere Unabhängigkeit sicher zu stellen, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

Außerdem würde auch für den Fall, daß es sich um einen Schöffen oder Geschworenen handelte, nicht mit einem Vertrage gearbeitet werden können. Auch in diesem Falle würde nur die genannte analoge Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB. zu einem befriedigenden Ergebnis führen können, da man unmöglich wird annehmen dürfen, daß die Haftung der Schöffen und Geschworenen eine strengere sei, als die des Richters.

Erwähnt sei sodann hier noch die Entscheidung über den Ausgleichsanspruch bei Eingriffen in das Eigentum, der nur für den Fall des § 904 Satz 2 BGB., ausdrücklich geregelt ist. Im Bd. 58 S. 130[1]) handelt es sich um die Frage, ob die Klage gegen eine rheinpreußische Kleinbahn auf Ersatz des durch ihren Betrieb verursachten Schadens (Funkenauswurfs) den Nachweis eines besonderen Verschuldens zur Voraussetzung hat. Diese Frage ist unter

---

[1]) Vgl. auch Bd. 17, S. 104.

Berufung auf die Analogie von § 904 Satz 2 von dem Berufungsgericht verneint. Das Reichsgericht hat sich zwar im Ergebnis auf denselben Standpunkt gestellt, jedoch die Analogie verworfen und vielmehr aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Ausgleichsanspruchs — „dem Eigentümer steht für die durch Sondervorschrift ihm entzogenen Rechte zur Abwehr von Eigentumseingriffen Schadensersatz zu" — den Verschuldensnachweis für nicht erforderlich erachtet.

Erkennt man aber einen derartigen **allgemeinen** Rechtsgrundsatz des Ausgleichsanspruchs an, so würde damit, da der Ausgleichsanspruch losgelöst von einem Verschuldensnachweis in Verfolgung des Verursachungsprinzips gewährt wird, auch das Verursachungsprinzip als Bestandteil eines allgemeinen Rechtssatzes und damit dieses selbst als ein allgemeines Prinzip anzusehen sein. Von diesem Standpunkt aus würde aber auch der Rechtssatz des § 904 Satz 2 BGB., in dem der Rechtsgrundsatz des Ausgleichsanspruchs in Verfolgung des Verursachungsprinzips zum Ausdruck kommt, nicht mehr singulär zu nennen sein. Seiner analogen Anwendung hätten daher wegen Singularität Bedenken nicht entgegen gestanden.

Nun aber dürfte doch ein das Verursachungsprinzip enthaltener Rechtssatz wegen Durchbrechung des Verschuldensprinzips als singulär anzusehen sein. Darnach würde sich aber nicht nur § 904 Satz 2 BGB. sondern auch der besagte allgemeine Rechtsgrundsatz des Ausgleichsanspruchs als ein singulärer Rechtssatz darstellen. Somit dürfte die Berufung auf den als allgemeinen Rechtssatz bezeichneten Rechtsgrundsatz des Ausgleichsanspruchs im Grunde nichts anderes sein, als die analoge Anwendung des im § 904 Satz BGB. enthaltenen Prinzips, nach welchem dem Eigentümer für die durch Sondervorschriften ihm entzogenen Rechte zur Abwehr von Eigentumseingriffen Schadensersatz ohne Verschuldensnachweis zusteht.

Es ist also nicht einzusehen, warum die Analogie nach Grund und Zweck der Vorschrift des § 904 Satz 2 BGB. abgelehnt ist[1]).

Eine Verkennung der Analogie singulärer Rechtssätze nach ihrem

---

[1]) Zu diesem Abschnitt sei noch die Entscheidung RG. 70 S. 49 genannt, die sich gegen eine Analogie der Sondervorschrift des § 832 Abs. 1 BGB. ausspricht hinsichtlich der Sorge des Ehemanns für seine geisteskranke Ehefrau, wenn diese Dritte beschädigt hat, und einen dahingehenden Schadensersatzanspruch auf den allgemeinen Rechtssatz des § 823 Abs. 1 zurückführt.

engeren Prinzip tritt aber in folgender Entscheidung noch ganz besonders zu Tage, indem in dieser Entscheidung die Ablehnung jener Analogie zu einem bedauerlichen Ergebnis geführt hat.

Im Bd. 65 S. 134 handelt es sich um die Frage, ob der Gläubiger verpflichtet ist, dem Selbstschuldnerbürgen von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben, m. a. W. ob die Vorschrift des § 1166 BGB. hier analog angewendet werden kann. Das Reichsgericht äußert sich hierzu folgendermaßen: „Der § 1166 steht im engen Zusammenhang mit den vorangehenden §§ 1164 und 1165. Es sind hier gegenüber der Regelnorm des § 1163 Sonderbestimmungen für den Fall getroffen, wenn der persönliche Schuldner und der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks verschiedene Personen sind. . . . . . Die Gründe, die für die (aus Billigkeitsrücksichten) zur Sicherung des persönlichen Schuldners getroffenen Ausnahmebestimmungen maßgebend gewesen sind, würden aber keineswegs ebenso auf das Rechtsverhältnis der Bürgschaft zutreffen. Die Vorschrift des § 1164 greift zugunsten des Bürgen, abgesehen von dem Fall, wo die Hypothek für die Bürgschaftsschuld bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung ist, nicht Platz; vielmehr erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Forderung nicht, sondern geht mit der Hypothek nach §§ 764, 1153 BGB. auf den Bürgen über. Die in diesem Falle auf den Bürgen übergehende Forderung aber darf nicht der Ersatzforderung des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer, die das Gesetz bei den §§ 1164—66 BGB. allein im Auge hat, gleichgestellt werden. Allerdings kann der Bürge auf ähnliche Weise in Nachteil kommen, wenn zufolge der ohne sein Vorwissen durchgeführten Zwangsversteigerung nunmehr die Hypothek, die nach § 774 BGB. mit der Forderung auf ihn übergegangen wäre, erloschen ist. Indes fehlt es an jedem genügenden Anhalt dafür, daß gegen eine solche Gefährdung dem Bürgen ein gesetzlicher Schutz gewährt sein sollte, und zwar durch die Verpflichtung des Gläubigers zu einer bestimmten positiven Tätigkeit. Die Rechtsstellung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber ist eine wesentlich andere, als die gegenüber dem persönlichen Hauptschuldner. Die Zweckbestimmung der Bürgschaft ist lediglich die, dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren,

und nur im verstärkten Maße tritt dieser Zweck bei der Selbstschuldnerbürgschaft hervor.

Gegen eine analoge Anwendung der Sondervorschrift des § 1166 BGB. auf die Bürgschaft spricht aber vor allem, daß das BGB. auf dem prinzipiellen Standpunkt steht, wonach der Gläubiger nicht verpflichtet ist, das Interesse des Bürgen zu wahren, und daß es die Fälle, in welchen der Gläubiger durch ein den Bürgen benachteiligendes Vorgehen frei werden soll, in bestimmter Weise abgrenzt. Allerdings entspricht die im § 1165 BGB. zum Schutze des persönlichen Schuldners getroffene Bestimmung dem Wesen nach der im § 776 BGB. zugunsten des Bürgen gegebenen Vorschrift. Allein gerade der Umstand, daß eine dem nachfolgenden § 1166 entsprechende Bestimmung, was nahe gelegen hätte, unter die Vorschriften der Bürgschaft nicht aufgenommen ist, dient zur Unterstützung der Annahme, daß der Gesetzgeber dem Gläubiger eine entsprechende Benachrichtigungspflicht nicht hat auferlegen wollen, und daß deshalb eine Analogie nicht Platz greifen kann."

Das Urteil dürfte im Prinzip fehl greifen. Das Prinzip des § 1166 ist, den Schuldner vor Schaden durch Nichtkenntnis der Zwangsversteigerung zu bewahren, m. a. W. die Vorschrift entspringt der heutigen Rechtsauffassung über die Pflicht des Einzelnen, im Verkehr sein Verhalten so einzurichten, daß dabei Benachteiligungen anderer möglichst vermieden werden. Da aber, wie das angeführte Urteil selbst zugibt, die Möglichkeit für den Bürgen, Schaden durch die Nichtkenntnis der Zwangsversteigerung zu erleiden, durchaus nicht von der Hand zu weisen ist, so steht der analogen Anwendung der Sondervorschrift des § 1166 nichts im Wege. Auch nicht, sofern der Charakter der Bürgschaft dem Gläubiger nur Rechte sichert. Einschränkungen hiervon sind schon in dem § 776 gegeben. Das Fehlen einer dem § 1166 entsprechenden Vorschrift stellt sich als eine Lücke dar, die durch Analogie des singulären Rechtssatzes § 1166 gemäß seinem engeren Prinzip geschlossen werden kann und muß.

Von einer bedauerlichen Verkennung der Analogie singulärer Rechtssätze nach diesem Prinzip zeugen aber noch folgende Entscheidungen, die von dem Überbau §§ 912 ff. BGB. handeln. Das Gesetz spricht im § 912 nur von dem Falle der schon anfänglichen

Personenverschiedenheit; aber die Analogie ist geboten, auch wenn es sich anfänglich noch nicht um verschiedene Persönlichkeiten handelt, da das Prinzip des § 912, Bauwerke nicht ohne Not zu zerstören, auch durchgreift, wenn die Grundstücke erst später in verschiedene Hände kommen. Das Reichsgericht hat jedoch im Bd. 65 S. 362 die Analogie abgelehnt gelegentlich der Prüfung der Frage, ob die nachbarlichen Überbauvorschriften §§ 912 ff. BGB. auf den Fall analoge Anwendung finden, wo der Eigentümer beim Bauen die Grenze eines anderen ihm gehörigen Grundstücks überschritten hat, und später eines der betreffenden Grundstücke in andere Hand oder beide in verschiedene Hände übergehen. Es führt unter anderem aus: „Eine ausdehnende Anwendung der §§ 912—16 aber auf einen Fall, für den sie nicht gegeben, kann durch bloße volkswirtschaftliche oder Billigkeitsgründe um so weniger gerechtfertigt werden, als es sich in der Tat um Ausnahmevorschriften handelt, um Ausnahmevorschriften insofern, als sie eine Ausnahme von der Regel des § 873 Abs. 1 betreffend die Belastung von Grundstücken begründen."

In gleicher Weise lehnt es aber auch die analoge Anwendung der §§ 912—16 für den Fall ab, daß der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer das Bauen verbietenden Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teils auf den belasteten Teil hinüberbaut[1]): „Die §§ 912—16 enthalten Ausnahmevorschriften, die nach den Grundsätzen über Gesetz- und Rechtsanalogie nicht auf ein anderes, übrigens nur anscheinend gleich gestaltetes Sachverhältnis analog ausgedehnt werden dürfen. Den Ausführungen des Urteils des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg (Hans. Ger. Ztg. 1900 Beibl. Nr. 35 S. 205 Nr. 127), das für einen ganz ähnlich gelegenen Fall die analoge Anwendung des § 916 BGB. zugelassen hat, kann aus dem bezeichneten Grunde nicht beigetreten werden." Bd. 47 S. 360.

Da das Prinzip des § 916 BGB. aber das ist, daß Gebäude

---

[1]) Vgl. auch noch RG. 48,265, wo mit Recht von der Revision ausgeführt ist: „Sinn und Zweck des Gesetzes nötigen dazu, seine Vorschrift auch auf Fälle anzuwenden, wo der Bauende zwar nicht die Eigentumsgrenze, aber die Grenze überschritten hat, die der Benutzung seines Eigentums durch ein Recht des Nachbarn gesetzt ist." Die Anologie ist aber in dieser Entscheidung abgelehnt.

jeder Art — also auch Bauwerke, Brücken und Mauern usw. — aus wirtschaftlichem Grunde erhalten werden sollen, so war die Analogie in beiden Fällen geboten[1])[2]).

Zum Schluß sei dann noch in der genannten Beziehung folgende Entscheidung mitgeteilt, in der es sich darum handelt, ob die Verjährung des Pflichtteilanspruchs schlechthin mit erlangter Kenntnis von der beeinträchtigenden Verfügung oder erst mit deren amtlicher Verkündung beginnt (Bd. 66 S. 31): Die vom Beklagten nach § 2332 BGB. geltend gemachte Verjährungseinrede ist vom Berufungsgericht zurückgewiesen, weil die im § 2332 geordnete dreijährige Verjährungsfrist noch nicht zu laufen begonnen habe. Denn unter Kenntnis im Sinne dieser Vorschrift könne in entsprechender Anwendung des § 1944 Abs. 2 BGB. nur eine durch amtliche Verkündung der betreffenden Verfügung gemäß §§ 2266, 2300 BGB. vermittelte Kenntnisnahme verstanden werden. Gegen diese Ausführungen wendet sich das Reichsgericht folgendermaßen: . . . . . „Nach der äußeren Anlage des Gesetzes muß es ferner bedenklich erscheinen, in einer singulären, dem Abschnitte über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft angehörigen, den § 1944 nur in Form eines Zwischensatzes einverleibten Vorschrift den Ausspruch eines auch nur auf erbrechtlichen Gebiete allgemeine Geltung beanspruchenden Grundsatzes zu erblicken. Schon hiernach können die obigen Bedenken — gegen die Auffassung des Berufungsgerichts — nicht als durchschlagend erachtet werden, um im Streitfalle eine ausdehnende Auslegung der formalen Vorschrift des § 1944 zu rechtfertigen."

Die Vorschrift des § 1944 Abs. 2 Satz 2 ist insofern singulär, als sie die Ausschlagungsfrist nicht vor der Verkündung der Verfügung von Todeswegen beginnen läßt, wenn der Erbe durch eine solche berufen ist. Grund und Zweck dieser Vorschrift ist: der durch eine Verfügung von Todeswegen berufene Erbe kann vor Verkündung der Verfügung in der Regel von seiner Berufung keine

---

[1]) Vgl. Wolff, Sachenrecht II, 1 S. 162 Anm. 5/6, S. 157 Anm. 22. Ferner in „Der Bau auf fremdem Boden".

[2]) Vgl. noch Bd. 50 S. 32 bezüglich der Verlegung der Ausübung der Dienstbarkeit auf ein anderes Grundstück. Eine solche Verlegung läßt sich nach Meinung des RG. a. a. O. aus § 1023 BGB. nicht herleiten. Vgl. dazu Wolff, Sachenrecht a. a. O.

Kenntnis haben. Die Verkündung ist Voraussetzung dafür, daß der Erbe überall sichere Kenntnis seiner Berufung erlangen kann, und danach sollen ihm die sechs Wochen der Ausschlagungsfrist voll bleiben, um sich darüber schlüssig zu werden, ob die Erbschaft antretungswürdig ist oder nicht.

Der auf den Pflichtteil Gesetzte kann aber in der Regel auch erst sichere Kenntnis davon, daß er auf den Pflichtteil gesetzt ist, mit Verkündung der Verfügung von Todeswegen erlangen, und darnach erst seine Entschließungen fassen.

Also wäre gegen die analoge Anwendung des engeren Prinzips des § 1944 Abs. 2 Satz 2 nichts einzuwenden.

In dem von dem Reichsgericht entschiedenen Falle lag allerdings die Sache so, wie am Schlusse der Gründe zu ersehen, daß der Pflichtteilsberechtigte schon zurzeit des Erbfalls seine Einsetzung auf den Pflichtteil kannte, da er im Besitz einer Ausfertigung der fraglichen Verfügung (Erbvertrag) war. In dem Falle mag es allerdings unbedenklich sein, den Zeitpunkt der Verkündung der Verfügung hinsichtlich des Anfangs der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der Kenntnis der Verfügung vor Verkündung zurückzubeziehen; allein der Charakter der singulären Vorschrift des § 1944 und die Ablehnung seiner Analogie können dies nicht begründen.

Der Verfasser, August Hermann Louis Georg Cleeves, wurde am 12. September 1884 als Sohn des Geheimen Justizrats Bodo Cleeves in Hannover geboren. Nach bestandenem Abiturientenexamen an dem Gymnasium in Neubrandenburg studierte er Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. Br., München, Berlin und Göttingen und bestand 1910 das Referendarexamen am Kgl. Oberlandesgericht in Celle. Zum Referendar ernannt, wurde er dem Kgl. Amtsgericht in Blumenthal i. Hannov., dem Kgl. Landgericht Hildesheim, dem Kgl. Amtsgericht und Kgl. Oberlandesgericht in Celle zum Vorbereitungsdienst überwiesen. Während der Ausbildungszeit an diesem bestand er am 12. August 1914 das Rigorusum an der Kgl. Universität Marburg.